Die Entscheidungen des deutschen Reichsoberhandels- und Reichsgerichts

Bd.: 1. Supplementband

1883

[illegible]

Die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes und Reichsgerichtes in einem Bande

ausführlich dargestellt und nach den Artikeln geordnet

von

Otto Fuchsberger,
kgl. bayr. Landgerichtsrath, Ritter ꝛc. ꝛc. in Bayreuth.

I. Supplementband:

Handelsrecht. Wechselrecht und Wechselproceßrecht.

Gießen.
Verlagsbuchhandlung von Emil Roth.

I. Supplementband.

Die Entscheidungen

des

deutschen Reichsgerichtes

auf dem Gebiete des

Handels-, Wechsel- und Wechselprozeß-Rechtes

sowie des

einschlägigen gemeinen Civilrechtes

und der verschiedenen

in- und ausländischen Landesgesetze

ausführlich dargestellt und

nach dem System des Handelsgesetzbuches, der Wechsel- und Civilprozeßordnung geordnet

mit vollständigem Sachregister

von

Otto Fuchsberger,

kgl. bayr. Landesgerichtsrath in Bayreuth, Ritter des kgl. württemb. Friedrichs-Ordens I. Klasse.

Gießen.

Verlagsbuchhandlung von Emil Roth.

1883.

Abkürzungen.

Das gewöhnliche Citat bezieht sich auf die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Von den Zahlen bedeutet die römische den Band und von den zwei arabischen die in Klammer befindliche die Ziffer der Entscheidung, die außer derselben stehende die Seite.

R. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen;

R. f. Str. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen;

R. A. = Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen, herausgegeben von den Mitgliedern der Reichsanwaltschaft.

A. L.-R. = Allgemeines preußisches Landrecht.

C.-Pr.-O. = Civilprozeßordnung.

Bei diesen Citaten hat es dieselbe Bewandtniß, wie bei den auf die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts bezüglichen.

I.

Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch.

Erstes Buch.

Vom Handelsstande.

Erster Titel.

Von Kaufleuten.

Art. 4.

Der Begriff „Handelsgewerbe" wird nicht **bestimmt** durch die Auffassung des Handels nach dem Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens, sondern **durch den Begriff des Kaufmannes,** wie das H.-G.-B. denselben im Art. 4 in Verbindung mit Art. 271. 272 aufstellt. Siehe hierüber bei Art. 272 ad R. I. (97.) 268. 269. **Art. 4.**

Verleger. Ueber die Frage, **ob derjenige, welcher von ihm verfaßte Werke verlegt, Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches wird,** folgendes: Nach Art. 272 Nr. 5 H.-G.-B. ist dazu gewerbsmäßiger Betrieb erforderlich. Dafür, ob gewerbsmäßiger Betrieb vorliegt, können keine festen Kriterien aufgestellt werden, es sind die Umstände des einzelnen Falles zu untersuchen. In der Veröffentlichung eines einzigen (periodisch oder in einer großen Anzahl von Lieferungen erscheinenden) Werkes kann ein gewerbsmäßiger Betrieb liegen, während trotz der Veröffentlichung mehrerer Werke dieses Moment unter Umständen vermißt werden kann. In Betracht kommt namentlich der Umfang und die Art und Weise des Betriebes, sowie der Umstand, ob der Verleger dauernde Anstalten zur Betreibung der Geschäfte errichtet hat. Von Bedeutung ist auch der Umstand, ob der Verleger selbst seinen Betrieb (durch Annahme einer Firma 2c.) als gewerbsmäßigen bezeichnet hat. Dies gilt sowohl für den Verleger von Anderen verfaßter Werke, als für denjenigen, welcher die veröffentlichten Bücher selbst verfaßt hat, und wenn aus nahe liegenden Gründen der Verlag fremder Werke meist als gewerbsmäßiger vorkommt, während bei Selbstverlag das Requisit der Gewerbsmäßigkeit häufig fehlt, so ist doch dieses statistische Verhältniß für die Beurtheilung des einzelnen Falles ohne Bedeutung, R. V. (15.) 68. 69.

Art. 10.

Die Bestimmung im Art. 10. H.-G.-B.'s „dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbebetriebe" steht in Beziehung und im Gegensatze zu den unmittelbar vorauf genannten Hökern, Trödlern und Hausirern; sie begreift solche Handelsleute, deren Betrieb zwar nicht **Art. 10.**

alle Merkmale eines Höker-, Trödler- oder Hausirgeschäftes an sich trägt, jedoch mit dem einen oder dem anderen dieser Geschäfte Aehnlichkeit bietet. Es ist ferner vom Gesetzgeber nicht vorausgesetzt, daß ein solcher Betrieb von sehr geringem Umfange sei, das Gesetz spricht vielmehr nur von einem geringen Umfange, einem Merkmale, welches bei dem eigentlichen Höker-, Trödler- und Hausirergeschäfte für die Frage der Verpflichtung zur Buchführung nicht von Einfluß ist. Wenn eine Landesgesetzgebung von dem Vorbehalten des Art. 10 H.-G.-B.'s keinen Gebrauch gemacht hat, so ist es für die Frage der Verpflichtung zur Buchführung unerheblich, ob derartige Geschäfte eingetragen werden. Jene Verpflichtung legt das Gesetz dem Kaufmanne als solchem mit den Ausnahmen des Art. 10 auf; die Eintragung in das Firmenregister schafft weder eine Verpflichtung, noch hält sie eine solche aufrecht, wenn die Voraussetzungen für die Buchführung weggefallen sein sollten. R. f. Str. IV. (44.) 120. 121 RA. III. (345.) 722.

Für die Frage, ob Jemand unter die in §. 10 des H.-G.-B. neben den Trödlern, Hökern und Hausirern genannten „dergleichen Handelsleute von geringerem Gewerbebetriebe" falle, ist **nicht bloß die Geringfügigkeit des Gewerbebetriebs, sondern auch eine Aehnlichkeit des letzteren mit dem Betriebe eines Trödlers, Hökers oder Hausirers entscheidend.** RA. III. (345.) 722. [R. f. Str. IV. (44.) 120. 121.]

Der Art. 10 des H.-G.-B. erklärt die Bestimmungen der Art. 28. 29, wonach jeder Kaufmann verpflichtet ist, über seine Handelsgeschäfte und Vermögenslage entsprechende Bücher zu führen und rechtzeitig eine Bilanz anzufertigen, „auf Höker, Trödler, Hausirer und dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbebetriebe, ferner auf Wirthe, gewöhnliche Schiffer und Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerkbetriebs hinausgeht" unanwendbar. Wenn aber Jemand das Wein- und Cigarrengeschäft gewerbsmäßig betreibt, so kann nicht angenommen werden, daß er in dieser Richtung etwa einem Höker oder Hausirer gleich zu achten ist, **Kaufleute** aber, **die ein Wein- und Cigarrengeschäft betreiben,** sind weder an sich, noch unter der Voraussetzung geringen Gewerbebetriebs von der regelmäßigen Verpflichtung zur Buchführung entbunden, und es fällt diese Obliegenheit auch nicht deßhalb weg, wenn ein derartiges thatsächlich gewerbsmäßig betriebenes Geschäft im Verhältniß zu einem Hauptwirthschaftsgeschäft als ein Nebengeschäft angesehen werden kann. RA. III. (84.) 169. 170. R. f. Str. IV. (103.) 281—283.

In Beziehung auf den Geschäftsbetrieb solcher Handwerker, welche sich darauf beschränken, Stoffe anzuschaffen, um dieselben nach vorgängiger Bearbeitung zu veräußern, die gar nur auf Bestellung arbeiten, ohne einen offenen Laden zu halten, sind ganz andere Gesichtspunkte für die Abgrenzung maßgebend, als bei denjenigen Handwerkern, welche neben dem Vertrieb der eigenen Arbeitsprodukte fremde Waaren gewerbsmäßig feilhalten. In Beziehung auf die letztgedachte Klasse von Geschäften kommt die Abgrenzung vom kaufmännischen, in Beziehung auf die erstgedachte Klasse die Abgrenzung vom Fabrikbetrieb in Frage. In letzterem Falle entscheiden nicht sowohl die Art und der Umfang des Absatzes, als die Art und der Umfang der Herstellung, die Größe der Anlage, die Zahl der beschäftigten Arbeiter und ähnliche Verhältnisse. Goldschmidt, Handelsrecht Thl. I §. 46a; Hahn, Kommentar Thl. I zu Art. 10; Anschütz und Völderndorff, Kommentar Thl. I zu Art. 10. Eine richtige Auslegung des gesetzlichen Begriffes des

Handwerksbetriebes erfordert hier, daß die Verhältnisse erörtert werden, unter welchen Jemand bei der Verarbeitung der angekauften Stoffe sein Geschäft betrieb, um hieraus das Urtheil zu entnehmen, ob sich dieser Betrieb innerhalb des Handwerks hielt oder ob es sich bei ihm um einen Fabrikbetrieb handelte, und ob er aus diesem Grunde als Vollkaufmann anzusehen sei. R. f. Str. I. (177.) 379—382.

Abs. 3. Von dem in Art. 10 den Landesgesetzgebungen vorbehaltenen Recht, die in jener Gesetzesstelle bezeichneten Klassen von Handelsleuten näher festzustellen, ist **im Königreich Preußen nicht Gebrauch gemacht** worden. Durch die Instruktion des Justizministers vom 12. Dezember 1861 (Justiz-Minist.-Bl. von 1861 S. 330) konnte eine solche nähere Feststellung nicht erfolgen. Die fragliche Instruktion hat nur Vorschriften für die Führung des Handelsregisters ertheilt und hierbei bemerkt: „es werden diejenigen Personen, welche zur Steuerklasse B veranlagt seien, in der Regel vom Handelsregister auszuschließen sein." RA. III. (345.) 722.

Dritter Titel.

Von Handelsfirmen.

Art. 15.

Wenn ein Kaufmann mehrere Geschäfte betreibt, so ist es mit den Bestimmungen des H.-G.-B. unverträglich, eine Trennung zwischen Haupt- und Nebengeschäft in der Art eintreten zu lassen, daß jedes für sich wie ein von einem besonderen Rechtssubjekt getragener Vermögenscomplex angesehen wird. Wenn auch auf Grund des Art. 15 des H.-G.-B. es für zulässig zu erachten ist, daß ein Kaufmann mehrere Firmen für verschiedene Niederlassungen führt, so bedingt eine derartige äußere Verschiedenheit der Firmenbezeichnung und der örtlichen Geschäftsführung doch keine absolute rechtliche Sonderung in der Rechtssphäre des Kaufmannes. RA. IV. (54.) 105. Siehe hierüber noch bei Art. 28 eodem. **Art. 15.**

Die Firma ist der Name, unter welchem ein Kaufmann (resp. eine Handelsgesellschaft) seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgiebt. **Die Bezeichnung von Waaren mit der Firma desjenigen, welcher sie verfertigt oder umsetzt** (Etikettirung derselben), fällt daher nicht unter den Gebrauch der Firma (vgl. Protokoll zum Handelsgesetzbuch S. 925 und Entsch. des R.-O.-H.-G.'s Bd. 4 S. 132, Bd. 4 S. 257 und 258 und Bd. 6 S. 249). R. III. (47.) 165.

Art. 16.

Das Handelsgesetzbuch (Art. 16 ff.) verbietet es, bei Gründung einer Firma fremde Namen in dieselbe aufzunehmen, und wahrt dementsprechend jedem das Recht, seinen eigenen Namen bei Gründung einer Firma zu benutzen. **Wer** demnach **bei Gründung einer Firma sich eines fremden Namens willkürlich bedient, handelt nicht nur unbefugt, sondern greift auch in die Rechte desjenigen ein, dem dieser Name gehört** und zwar, ganz abgesehen von allgemeinen Principien, schon deshalb, weil diesem hierdurch das Recht, seinen eigenen Namen bei Gründung einer Firma zu benutzen, wenn auch nicht entzogen, doch verkümmert wird. Als Ausfluß **Art. 16.**

dieser allgemeinen Grundsätze sind die Bestimmungen der Art. 22. 24 des H.-G.-B. anzusehen. R. V. (30.) 112. 113. Siehe hierüber noch bei Art. 24 eodem.

Demjenigen, der einen fremden Familiennamen als Firma führt, kann von dem Träger dieses Namens der Gebrauch der Firma untersagt werden. Nach Art. 16 darf der Einzelkaufmann nur seinen Familiennamen, mit oder ohne Vornamen, als Firma führen; es hat aber auch auf die Führung der Namensfirma der Träger desselben ein ausschließliches Recht. Dem Träger eines Familiennamens steht hiernach gegen jeden Dritten, der dessen Familiennamen unbefugt als Firma benutzt, ein Untersagungsrecht zu, Art. 16 und 27. Dieses Recht ist nicht dadurch bedingt, daß dieser unter seinem Namen Handelsgeschäfte treibt, und es ist daher auch unerheblich, wenn der andere seiner den Familiennamen des ersteren führenden Firma einen Vornamen giebt, wodurch sich seine Firma von der des ersteren deutlich unterscheidet. Andererseits knüpft sich das fragliche Untersagungsrecht an den Familiennamen, und kann sich somit der solchen Mißbrauchende nicht darauf berufen, daß nicht der den Familiennamen Tragende, sondern nur der diesen mit dem seiner Firma gleichen Vornamen Führende in seinem Rechte verletzt sei. Vielfach kommt es wesentlich auf den Familiennamen an, so daß eine Firma mit diesem Namen geeignet ist, einer anderen mit gleichem Namen Concurrenz zu machen, wenn auch durch die Vornamen oder Zusätze zum Familiennamen die einzelnen Firmen sich hinreichend von einander unterscheiden. Wollte man nur bei Uebereinstimmung des vollen Namens, also auch der Vornamen ein Widerspruchsrecht zulassen, so könnte durch eine beliebige Wahl der letzteren das Gesetz illusorisch gemacht werden. R. VII. (78.) 280. 281.

Die Bestimmung des Abs. 2 des Art. 16, nach welcher ein Kaufmann der Firma keinen Zusatz beifügen darf, welcher ein Gesellschaftsverhältniß andeutet, andere Zusätze dagegen nur gestattet sind, wenn sie zur näheren Bezeichnung der Person oder des Geschäftes dienen, **ist nach Art. 5 in ihrem zweiten Theile auch auf die Firmen von Handelsgesellschaften anzuwenden.** (Vergleiche Anschütz und v. Völderndorff Bd. I. S. 154 Nr. 3.) R. III. (47.) 166.

Ueber die **Wirkung, welche der innerhalb der Frist des §. 64 des preuß. Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche erfolgten Eintragung einer damals bereits bestehenden älteren Firma in das Handelsregister beizulegen ist,** folgendes: Was die zur Zeit des Inkrafttretens des deutschen Handelsgesetzbuches bestehenden Firmen betrifft, so sind dieselben zunächst durch Art. 62 des preußischen Einführungsgesetzes der Eintragung in das Handelsregister unterworfen worden, und hat sodann der Art. 65 Abs. 1 dieses Gesetzes, um, wie es in den Motiven S. 84 heißt, dem in dieser Materie herrschenden Zustande der Prinziplosigkeit und Verwirrung Abhilfe zu schaffen, und die im Interesse des Verkehres unerläßliche Gleichförmigkeit herbeizuführen, auch für sie das Firmenrecht des Handelsgesetzbuches maßgebend erklärt. Von der ausgesprochenen Regel in Abs. 2 wird aber eine Ausnahme gemacht, indem derselbe bestimmt, daß die Vorschriften der Art. 16 bis 18, 20 und 21 Abs. 2 H.-G.-B. auf die innerhalb der Frist des Art. 64 des Einführungsgesetzes eingetragenen Firmen nicht zur Anwendung kommen sollen, weil man — Motive a. a. O. — nicht wohlbegründete Rechte in Gefahr setzen, und lieber den vollen

Zweck der Vorschriften des Handelsgesetzbuches unerreicht lassen, als durch das entgegengesetzte Verfahren die erheblichsten Interessen schonungslos verletzen wollte. Es ist auch in dem Commissionsberichte des Abgeordnetenhauses S. 35 fg. angeführt, daß eine unbedingte Anwendung des neuen Rechtes auf die alten Verhältnisse große Härten und Nachtheile haben werde, und man z. B. die Art. 16 und 20 H.-G.-B. da, wo die Bestimmungen derselben nicht schon bisher Rechtens seien, auf die bestehenden Firmen nicht anwenden könne, und in dem Berichte der Herrenhauscommission S. 20 wird betont, daß die Vorschrift des Abs. 2 den Zweck habe, Verletzungen wohlerworbener Rechte zu verhüten. Hieraus ist zu folgern, daß es nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, daß jene älteren Firmen dadurch, daß sie in das Handelsregister eingetragen wurden, als zu Recht bestehende sanktionirt sein sollten; eine solche Absicht würde auch, wenn sie obgewaltet hätte, zweifelsohne im Gesetze ihren Ausdruck gefunden haben. Was die Vorschrift des Abs. 3 des Art. 65 H.-G.-B. betrifft, welche dahin geht, daß, wenn infolge der Bestimmung des Abs. 2 für mehrere Personen oder Handelsgesellschaften dieselbe Firma in das Handelsregister eingetragen worden, jeder von ihnen das Recht vorbehalten bleibe, gegen die anderen, sofern diese ihr gegenüber bei Eintritt der Geltung des Handelsgesetzbuches nicht befugt waren, diese Firma anzunehmen oder zu führen, auf Unterlassung der Führung derselben zu klagen, so leitet das vorstehend Entwickelte, namentlich wenn man erwägt, daß Art. 27 H.-G.-B. auch für die älteren Firmen maßgebend ist, zu der Auffassung hin, daß diese Vorschrift als eine speciell hervorgehobene Anwendung des in letzterem ausgesprochenen Grundsatzes anzusehen, und nicht anzunehmen sei, daß ein solches Klagrecht lediglich in dem Falle, wenn es sich um die Eintragung gleichlautender Firmen handle, gegeben sein solle. Hierfür sprechen auch die Motive, indem dort gesagt ist, daß im Anschlusse an die Bestimmung des zweiten Absatzes die Betretung des Rechtsweges nachgelassen werden müsse, um wohlbegründeten Interessen dieser Art den erforderlichen Schutz zu gewähren, und heißt es sodann, nachdem unter anderem hervorgehoben ist, daß auch eine angemeldete alte Firma nach dem früheren Rechte unbefugt geführt sein könne, am Schlusse: in solchen Fällen darf in begründete Rechte nicht eingegriffen, sondern es muß deren Verfolgung im Rechtswege offen gelassen werden. (In der Rheinprovinz war durch die vor Einführung des deutschen Handelsgesetzbuches geltende französische Gesetzgebung in gleicher Weise der Satz sanktionirt, daß ein Kaufmann nur unter seinem bürgerlichen Namen Handel treiben durfte, und wenn er einen fremden Namen als Firma führte, sich dadurch civilrechtlich verantwortlich machte [vgl. Art. 21. 23 und 25 Code de commerce]) R. VII. (78.) 281—283.

Art. 18.

Unter Namen ist im rechtlichen Sinne derjenige Name zu verstehen, **Art.** 18.
den eine Person zu führen berechtigt ist, gleichviel ob diese Berechtigung in dem maßgebenden bürgerlichen Rechte als ein Privatrecht anerkannt ist oder als eine nur durch Einrichtungen des öffentlichen Rechts geschützte Befugniß erscheint. Einen Namen in diesem Sinne führt eine Actiengesellschaft nur vermittelst ihrer Firma. R. I. (14.) 26—28.

Art. 20.

Art. 20. **Normen des** (in Preußen geregelten) **Verfahrens von Amtswegen zur Durchführung des Art. 20 H.-G.-B.** Das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch unterscheidet: I. die im Civilprozesse realisirbare Verfolgung des (in dem Art. 27 des Gesetzbuches in das Auge gefaßten) Anspruches des durch den unbefugten Gebrauch einer Firma Verletzten gegen den unbefugt Gebrauchenden auf Unterlassung weiterer Führung der Firma und auf Schadenersatz; II. das (gemäß Art. 26 desselben Gesetzbuches) von Amtswegen zu thätigende Verfahren des Handelsgerichtes, wodurch dasselbe den Kaufmann, dessen neuere Firma sich nicht (wie solches im Art. 20 a. a. O. verordnet ist) deutlich von allen an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen unterscheidet, durch Ordnungsstrafen zur Unterlassung des Gebrauchs der unzulässig erscheinenden und zum Gebrauch einer deutlich unterscheidenden Firma nöthigt. Letzteres Verfahren ist im Königreiche Preußen gegenwärtig geregelt in den Art. 5 und 6 des preuß. Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch und den §§. 88—101 der Instruktion des preuß. Justizministers von 12. Dezember 1861 in Verknüpfung mit dem §. 28 des preuß. Ausführungsgesetzes vom 24. März 1879 zur deutschen Civilprozeßordnung, den §§. 25 und 51 des preuß. Ausführungsgesetzes vom 24. April 1878 zum deutschen Gerichtsverfassungsgesetz und dem Allerhöchsten Erlaß vom 1. September 1879, betreffend die Bezeichnung des mit dem 1. October 1879 ins Leben tretenden Oberlandesgerichtes zu Berlin als Kammergericht. Dieses Verfahren ist weder eine (den Normen der deutschen Civilprozeßordnung unterliegende) bürgerliche Rechtsstreitigkeit zwischen Prozeßparteien, noch eine Strafsache im Sinne der deutschen Strafprozeßordnung, sondern ein (wesentlich im öffentlichen Interesse verordnetes, bestimmten Gerichtsbehörden zur Durchführung gesetzlich überwiesenes) Administrativ-Verfahren, welches mit einem obrigkeitlichen Befehl bei Vermeidung einer Ordnungsstrafe beginnend, sich (falls die befehlende Obrigkeit in glaubhafter Weise davon Kenntniß erhält, daß ihrer Verfügung nicht Folge geleistet sei und, nach nochmaliger Prüfung des Sachverhaltes in geordneter, dem Betheiligten zu seiner Rechtfertigung Gelegenheit gewährender Weise dafür hält, daß der Befehl von dem Betheiligten hätte befolgt werden sollen) durch Festsetzung der angedrohten Ordnungsstrafe und (wenn nicht etwa inzwischen die Verhältnisse sich geändert haben) durch Androhung einer neuen Ordnungsstrafe andauernd fortsetzt, bis die gesetzliche Anordnung befolgt aber ihre Voraussetzung fortgefallen ist. Dieses Verfahren von Amtswegen wird im Königreiche Preußen von dem zur Führung des betreffenden Handelsregisters zuständigen Amtsgerichte verwirklicht. Auf die zulässige sofortige Beschwerde des Betheiligten gegen die Entscheidungen des Amtsgerichtes entscheidet die Civilkammer des übergeordneten Landgerichts. Auf weitere Beschwerde über solche Entscheidungen der Landgerichte in der ganzen preußischen Monarchie entscheidet ein Civilsenat des Königl. preuß. Kammergerichts definitiv. Während die Pflicht zur Tragung und Erstattung der Prozeßkosten, die Durchführung des Erstattungsverfahrens, die Festsetzung des Streitgegenstandswerthes bei den gemäß Art. 27 angestrengten, oben unter Ziffer I erwähnten Rechtsstreitigkeiten nach den betreffenden Bestimmungen der deutschen Civilprozeßordnung und den mit dieser Prozeßordnung konnexen Vorschriften des deutschen Gerichtskostengesetzes

geregelt werden, kann in dem oben unter Ziffer II gekennzeichneten Verfahren von Amtswegen ein Recht auf Kostenerstattung seitens eines Prozeßgegners dem im Sinne des preußischen Einführungsgesetzes zum H.-G.-B in jenem Verfahren Betheiligten (d. h. demjenigen, gegen welchen von Amtswegen vorgegangen wird) gar nicht entstehen, weil ihm eine Gegenpartei, als ein Prozeßsubjekt, nicht gegenübersteht, indem derjenige, dessen ältere Firma mittelbar durch jenes Verfahren geschützt wird (auch wenn derselbe etwa durch Anzeige das Einschreiten von Amtswegen des zuständigen Amtsgerichtes sollicitirt haben sollte), in keiner Weise die Stellung einer Prozeßpartei einnimmt. Selbst dann, falls derselbe behufs Abgabe von Erklärungen in dem Verfahren zugezogen werden sollte, kann er dadurch nur als eine derjenigen Quellen in Betracht kommen, aus welchen der von Amtswegen einschreitende Richter den für seine Entscheidung wesentlichen Sachverhalt ermittelt. Für die Androhung von Ordnungsstrafen werden Gebühren und Auslagen, falls es nicht zur Festsetzung derselben kommt, nicht erhoben. Wird dagegen die Ordnungsstrafe festgesetzt, so bildet ihr Betrag den Maßstab für die (im wesentlichen nach den in dem deutschen Gerichtskostengesetze für Strafsachen gegebenen Prinzipien zu berechnenden) Kosten, welche der (in dem oben fixirten Sinne) Betheiligte zu tragen hat, wie ihm auch die Gebühren desjenigen Rechtsanwaltes zur Last fallen, welchen er etwa (nach der ihm in dem Art. 5 §§. 3 und 6 Ziffer 2 des preuß. Einführungsgesetzes zum H.-G.-B. gegebenen Befugniß) zum Bevollmächtigten bestellt hat. Anträge auf Werth- oder Kostenfestsetzung in diesem Verfahren von Amtswegen finden in Preußen, falls es zur Beschwerde und weiteren Beschwerde in dieser Beziehung kommt, durch Beschluß eines Civil-Senates des Königlich preußischen Kammergerichts ihre definitive Erledigung. (Deutsches Gerichtskostengesetz §§. 1. 4. 16. 59, preußisches Ausführungsgesetz zu demselben §§. 4—8, preußische Verordnung vom 27. Januar 1862 §. 8 Nr. 4.) Das Reichsgericht ist (nach den Grundprinzipien der Gerichtsverfassung des deutschen Reiches, namentlich nach den Bestimmungen der §§. 135. 136 des Gerichtsverfassungsgesetzes) in keiner Beziehung zuständig zu einer Entscheidung in dem (oben unter II. gekennzeichneten) Verfahren von Amtswegen, sei es in dem Hauptgegenstande, sei es in Bezug auf Werths- und Kostenfestsetzungen. — Dieses Verfahren von Amtswegen nach Art. 20 ist aber nicht eine Provokationssache, da hier gar nicht von einem Provokanten und Provokaten die Rede sein kann; es ist vielmehr der Inhaber einer Firma allein im Sinne des Gesetzes der Betheiligte und giebt der Inhaber der andern Firma nur eine gelegentliche Veranlassung zum amtlichen Einschreiten, welches im Verfahren nur als Quelle zur Ermittelung des Sachverhaltes in Betracht kommen kann. Das betreffende Gericht muß völlig objektiv von Amtswegen (unter Würdigung aller vorliegenden konkreten Umstände, zu denen z. B. auch eine Erklärung, daß auf Nöthigung des N. N. zur Aufgabe seiner Firma nicht bestanden werde, gehört) prüfen, ob eine erlassene Verfügung zu befolgen und demgemäß eine Ordnungsstrafe festzusetzen ist, oder ob eine Verpflichtung nicht besteht, eine solche Verfügung zu befolgen, und daher die letztere aufzuheben ist, sowie im ersteren Falle, ob eine neue Verfügung unter Ordnungs-Strafeandrohung zu erlassen oder etwa solches wegen Veränderung der Umstände zu unterlassen sei. R. II. (63.) 223—228.

Art. 22.

Art. 22. Ueber die Frage, **ob derjenige, welcher eine alte Firma nach Art. 22. 24 erworben hat, dieselbe nach Erlöschung des Geschäftes, zu dessen Fortführung er die Firma erworben, für ein neues fortführen darf,** folgendes: Im Interesse des Verkehres des Publikums geht das Handelsgesetzbuch von dem Prinzipe aus, daß die Firma auf Wahrheit beruhen müsse. Art. 15. 16. 17. 18. Hieran hat der preuß. Entwurf im Art. 26 (jetzt zum Theile Art. 22) eine Abweichung gestattet, indem er, wie aus den Motiven S. 18 hervorgeht, der Erfahrung Rechnung trägt, daß der einer Handlung gewährte Kredit zum großen Theil an der Firma hafte und mit derselben auf den Geschäftsnachfolger übergehe; es sollten deshalb die erheblichen Störungen der bestehenden Geschäftsverbindungen und die großen Schwierigkeiten verhütet werden, welche eintreten könnten, wenn demjenigen, welcher durch Vertrag oder Erbgang ein bestehendes Handelsgeschäft erwirbt, nicht zugleich die Fortführung der bisherigen Firma gestattet werden könnte. Daneben wurde auch berücksichtigt, daß in der Handelswelt die Erhaltung alter berühmter Firmen für einen Ehrenpunkt gelte. Diese Begründung läßt unzweideutig erkennen, daß man mit Gestattung der Fortführung der alten Firma durch einen neuen Geschäftsinhaber vorzugsweise das Handelsgeschäft in Betracht gezogen hat, für welches dieselbe seither geführt worden ist, dessen Kredit und Kundschaft gesichert werden sollte, und für welches allein die kaufmännische Anschauung vom Ehrenpunkte Berücksichtigung beanspruchen konnte. Damit erklärt sich die Fassung des jetzigen Art. 22, welche nicht von Fortführung der Firma, sondern von Fortführung des bestehenden Handelsgeschäftes ausgeht, welches durch Vertrag oder Erbgang erworben worden ist. Wenn auch im Art. 24, welcher von der Nürnberger Commission beigefügt worden ist, die Fortführung der Firma in den Vordergrund tritt, so beruht dieser Artikel gleichwohl als weitere Abweichung vom Prinzipe der Wahrheit der Firma auf demselben Gedanken, daß solche für ein Handelsgeschäft erhalten werden solle, welches nur einen theilweisen Wechsel in den Personen erfährt, im übrigen aber dasselbe, das bestehende Handelsgeschäft bleibt. Diesem Gedanken hat die Commission (Protokoll S. 41) dahin Ausdruck gegeben: „Wenn ein bestehendes Handelsgeschäft sich in Folge des Eintritts oder Austritts eines Gesellschafters ändert, so kann die ursprüngliche Firma trotz der erfolgten Veränderung fortgeführt werden. Es bestand (heißt es in den Protokollen S. 39 f.) kein Zweifel darüber, daß es sich nur um solche Fälle handeln könne, in welchen neben der Firma das Handelsgeschäft selbst, d. h. dessen Aktiva und Passiva ohne völlige Liquidation des letzteren von einem der mehreren Theilhabern allein übernommen werden, oder wo der einzige Inhaber einem Eintretenden einen Theil seiner Rechte einräumt, weil die Uebertragung bloßer Firmen ohne das Handelsgeschäft durch Art. 27 (jetzt 23) verboten wird und das Geschäft bei förmlicher Liquidation zu bestehen aufhört, also nicht von Uebertragung desselben auf einen Theilhaber, sondern nur von Begründung eines neuen Geschäftes die Rede sein kann, bei welcher die Frage über die Zulässigkeit einer Firma nach den über die Errichtung neuer Firmen bestehenden Rechtssätzen zu beurtheilen ist." Weiter, als es der Absicht und dem Zwecke des Gesetzgebers, Erhaltung des Credites, der Kundschaft und

des Ansehens des bestehenden Handelsgeschäftes, des gänzlichen oder theilweisen Wechsels der Personen ungeachtet, entspricht, dürfen diese Ausnahmen nicht ausgedehnt werden. Gewinnt es auch nach der Hervorhebung der Aktiven und Passiven in der soeben mitgetheilten Begründung den Anschein, als ob unter Handelsgeschäft nur der Vermögenskomplex verstanden werde, so würde doch eine solche enge Auffassung des Begriffes des Geschäftes, wobei dessen Wesen als eines organischen Ganzen, bei welchem die Produktivmittel nur durch den damit verfolgten Zweck, durch die Unternehmung, für welche sie bestimmt sind, Bedeutung gewinnen, völlig außer Betracht bliebe, mit dem Gedanken, welcher den Art. 22 und 24 zu Grunde liegt, kaum vereinbar sein. Abgesehen nämlich davon, daß eine solche enge Auffassung des Geschäftes von der Voraussetzung ausgehen müßte, daß jeweils sämmtliche Aktiven und Passiven übertragen würden (welche Voraussetzung aber schon dann nicht zutrifft, wenn der austretende Gesellschafter aus dem Geschäfte abgefunden wird), könnte von einer Fortführung der Aktiven und Passiven schon der Natur der Sache nach, welche in dieser Beziehung einen ständigen Wechsel bedingt, kaum die Rede sein. Man kann auch nicht annehmen, daß der Uebergang oder die Beibehaltung des bestehenden Handelsgeschäftes in dem angeführten weiteren Sinne nur eine Voraussetzung der Erwerbung der Firma sei, woraus allerdings nicht gefolgert werden könnte, daß dieselbe Voraussetzung auch eine Bedingung der Fortdauer sei, es muß vielmehr aus der entwickelten Absicht des Gesetzgebers um so mehr hergeleitet werden, daß die Fortführung des bestehenden Handelsgeschäftes unerläßliche Bedingung, sowohl des Erwerbes als des Behaltens der Firma sei, als sonst durch eine dem Erwerbe früher oder später nachfolgende völlige Umwandlung des Geschäftes das Gesetz umgangen und für ein neu begründetes Geschäft eine alte (unwahre) Firma geführt werden könnte. Die Fortführung einer dem wahren Sachverhältnisse nicht entsprechende Firma ist nur unter der Bedingung gestattet, daß das Geschäft, für welches dieselbe bisher geführt wurde, im wesentlichen als dasselbe fortbestehe, und ist für diese Annahme unter Geschäft nicht bloß der Vermögenskomplex, sondern auch das kaufmännische Unternehmen zu verstehen, welchem jener dienstbar ist. R. I. (95.) 262—265.

Art. 23.

Die Frage, **ob der Rechtsnachfolger einer Firma durch Uebernahme des Geschäftes mit allen Passiven für die Geschäftsschulden des früheren Inhabers verhaftet wird,** hat das Handelsgesetzbuch offen gelassen, insbesondere nicht in den Art. 22 und 23 entschieden. Das Reichsgericht hat nun in einer Entscheidung diese Frage für den Fall bejaht, wenn der Erwerber eines bestehenden Handelsgeschäftes durch Vertrag mit dem bisherigen Inhaber oder dessen Erben unter Uebernahme der vorhandenen Aktiven und Passiven in alle geschäftlichen Beziehungen desselben eintritt und nun das Geschäft unter Beibehaltung der früheren Firma fortsetzt. In einem solchen Vorgange liege für den kaufmännischen Verkehr ein wirksames Angebot des Erwerbes an die Geschäftsgläubiger, denselben für ihre Forderungen an den früheren Inhaber des Geschäfts gerecht zu werden, eine Offerte, welche der besonderen Zustimmung, der ausdrücklichen Annahme dieser Gläubiger um so weniger bedürfe, als sie nur Rechte für dieselben begründe. Es müsse vom Stand- **Art. 23.**

punkte der Handelssitte und des praktischen Bedürfnisses, sowie nach den Grundsätzen von Treue und Glauben im Handelsverkehre der Fortführung des Geschäftes unter derartigen Umständen dieselbe Wirkung beigelegt werden, wie der öffentlichen handelsüblichen Bekanntmachung des Erwerbers, daß er die Passiva des Geschäfts mit übernommen habe. R. II. (16.) 55. 56.

Vertrag zu Gunsten Dritter. Ein solcher, von dessen Person und Anspruch die Kontrahenten keine Kenntniß haben, ist rechtlich undenkbar. Damit ist allerdings die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß sich der Uebernehmer eines Handelsgeschäftes verpflichtet, alle Gläubiger desselben, auch die aus den Handelsbüchern nicht ersichtlichen oder den Kontrahenten überhaupt bei dem Vertragsabschlusse nicht bekannten, zu befriedigen, und daß hierdurch jene Gläubiger aus dem zu ihren Gunsten abgeschlossenen Vertrage durch Beitritt zu demselben ein selbstständiges Klagerecht gegen den Erwerber erlangen. Allein immerhin muß feststehen, daß der frühere Inhaber des Geschäftes die Absicht hatte, auch den unbekannten Gläubigern Rechte zu erwerben, und der jetzige Inhaber, diesen Rechte gegen sich einzuräumen. Aus der Thatsache allein, daß das Handelsgeschäft mit den Passiven übergegangen ist, kann nicht hergeleitet werden, daß die Kontrahenten bei dessen Veräußerung eine solche Wirkung vertragsmäßig herbeiführen wollten. [XXI. (73.) 232.] R. II. (16.) 54.

Die Fortführung des Geschäftes unter unveränderter Beibehaltung der Firma begründet die Vermuthung, daß eine Fortsetzung der bestehenden Gesellschaft mit Uebernahme der vorhandenen Geschäftsschulden stattgefunden habe. Einer hierauf gestützten Klage gegenüber liegt es somit dem Beklagten ob, mit bestimmten Einwendungen hervorzutreten, wenn nach Maßgabe der bei dem Eintritte der neuen Gesellschafter abgeschlossenen Verträge die älteren Societätsschulden den ursprünglichen Theilhabern allein überwiesen sein sollen. R. II. (16.) 53.

Art. 24.

Art. 24. **Die Fortführung einer dem wahren Sachverhältniß nicht entsprechenden Firma** ist nur unter der Bedingung gestattet, daß das Geschäft, für welches dieselbe bisher geführt wurde, im wesentlichen als dasselbe fortbestehe, und ist für diese Annahme unter Geschäft nicht bloß der Vermögenskomplex, sondern auch das kaufmännische Unternehmen zu verstehen, welchem jener dienstbar ist. Siehe hierüber bei Art. 22 ad R. I. (95.) 262—265.

Die Aufnahme des Namens eines ausgetretenen Gesellschafters in die neue Firma der Gesellschaft durch Beifügung eines das Nachfolgeverhältniß bezeichnenden Zusatzes ist nicht statthaft. Für diesen Fall bestimmt Art. 24 Abs. 2 H.-G.-B., es dürfe die seitherige Firma ohne Einwilligung des eintretenden Gesellschafters nicht fortgeführt werden, wenn sie den Namen desselben enthalte. Hieraus folgt nicht bloß, daß die frühere diesen Namen enthaltende Firma nicht unverändert fortgeführt werden darf, sondern, daß es auch unerlaubt ist, irgend eine neue Firma zu wählen, welche den Namen des Ausgeschiedenen enthält. Daß letzteres insbesondere auch in Fällen zu gelten habe, wo dieser Name bezw. die denselben enthaltende frühere Firma in einer das Nachfolgeverhältniß andeutenden Weise in die neue Firma aufgenommen wird, ist nicht zu bezweifeln und erhellt klar, wenn man die Bestimmungen des Art. 22 a. a. O., deren analoge Beziehung keinem Bedenken unterliegt, ins Auge faßt. Aus diesen Be-

stimmungen ergiebt sich nämlich, daß derjenige, welcher ein Handelsgeschäft mit Aktiven und Passiven, jedoch ohne die Firma erworben hat, die frühere Firma auch nicht mit einem das Nachfolgeverhältniß bezeichnenden Zusatze führen darf, und es ist im Sinne dieser Bestimmungen kein Unterschied zu machen, ob zur Bezeichnung dieses Nachfolgeverhältnisses die alte Firma vorangestellt wird oder nachfolgt, ob also z. B. die Firma lautet: „J. Schmitt's Nachfolger A. Müller" oder „A. Müller, vormals J. Schmitt". (Vgl. Anschütz und Völderndorff, Bd. 1, S. 150. 187, und Urtheil des Oberappellationsgerichtes zu Lübeck vom 26. März 1872. (Goldschmidt, Zeitschrift Bd. 20, S. 617.) R. V. (30.) 113. Siehe hierüber auch bei Art. 27 und 16 ad R. V. (30.) 111—113.

Art. 25.

Zur Begründung der Klage gegen die Firma eines Einzelkaufmannes, wenn der Inhaber, mit welchem contrahirt war, verstorben ist, gehört, daß dargethan wird, in welchem Sucessionsverhältnisse der dermalige Inhaber mit dem früher verstorbenen, welcher die eingeklagte Verpflichtung eingegangen hat, steht und ob auf ihn die fragliche Verbindlichkeit übergegangen ist, denn bei einem Einzelkaufmanne gehen durch den bloßen Uebergang der Firma die ihm obliegenden Verbindlichkeiten nicht auf den späteren Inhaber über. R. VI. (26.) 98. 99. Art. 25.

Art. 26.

Der Art. 26 behandelt das **von Amtswegen zu thätigende Verfahren des Handelsgerichts,** wodurch dasselbe den Kaufmann, dessen neuere Firma sich nicht (wie solches im Art. 20 verordnet ist) deutlich von allen an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bestehenden und in das Hangelsregister eingetragenen Firmen unterscheidet, durch Ordnungsstrafen zur Unterlassung des Gebrauchs der unzulässig erscheinenden und zum Gebrauch einer deutlich unterscheidenden Firma nöthigt **im Gegensatz zu der im Civilprozesse realisirbaren Verfolgung des (in dem Art. 27 in das Auge gefaßten) Anspruches** des durch den unbefugten Gebrauch einer Firma Verletzten gegen den unbefugt Gebrauchenden auf Unterlassung weiterer Führung der Firma und auf Schadensersatz. R. II. (63.) 223 ff. Siehe hierüber auch bei Art. 20 und 27 eodem. Art. 26.

Art. 27.

Der Art. 27 hat nicht jeden Gebrauch einer Firma im Auge, sondern nur denjenigen, welcher beim Handelsbetriebe im Sinne von Art. 15 H.-G.-B. stattfindet. Wenn bei den Berathungen der Nürnberger Commission (Protok. S. 924) bemerkt wurde: „Der Gebrauch einer Firma liege nur vor, wenn unter ihrer Anwendung ein Handelsgeschäft geschlossen, eine Unterschrift abgegeben worden sei und dergleichen," so ist schon durch letzterem Zusatz angedeutet, daß man nur die Hauptfälle des Gebrauches der Firma hervorheben, nicht aber denselben auf diese Fälle beschränken wollte. Wenn also Jemand eine Firma in einer Aufschrift an der Ladenthüre in Zeitungsinseraten, Geschäftsanzeigen, Empfehlungskarten, Briefen und Rechnungen für Geschäftsfreunde, gebraucht, so ist in diesen Thatsachen ein Gebrauch der Firma im Sinne der Art. 15. 27 zu finden, denn sie beziehen sich unmittelbar auf den Geschäftsbetrieb desselben Art. 27.

und bekunden den Willen, sich bei diesem Betriebe der fraglichen Firma zu bedienen (vgl. Entsch. des R.-O.-H.-G.'s Bd. 14, Nr. 61, S. 184). R. V. (30.) 111. 112.

Demjenigen, der einen fremden Familiennamen als Firma führt, kann von dem Träger dieses Namens der Gebrauch der Firma untersagt werden. Siehe hierüber bei Art. 16 ad R. VII. (78.) 280. 281.

Der Art. 27 behandelt die **im Civilprozesse realisirbare Verfolgung** des Anspruches des durch den unbefugten Gebrauch einer Firma Verletzten gegen den unbefugt Gebrauchenden auf Unterlassung weiterer Führung der Firma und auf Schadensersatz **im Gegensatz zu dem von Amtswegen zu thätigende Verfahren des Handelsgerichts.** R. II. (63.) 223. Siehe hierüber auch bei Art. 20 und 26 eodem.

Wer durch den unbefugten Gebrauch einer Firma in seinen Rechten verletzt ist, kann nach Art. 27 H.-G.-B. den Unberechtigten auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma belangen. **Die Klage setzt** mithin **voraus, daß der Beklagte zur Führung der Firma nicht befugt und der Kläger hierdurch in einem Rechte verletzt ist.** Da die Firma nichts anderes ist, als der Name, unter welchem der Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt, so kann auch die Berechtigung zur Führung der Firma durch Eintragung derselben im Handelsregister nur unter der Voraussetzung eines schon begonnenen oder zu beginnenden kaufmännischen Geschäftsbetriebes erlangt werden. Wie es unzulässig ist, die Firma abgesondert von dem Handelsgeschäfte, für welches sie bisher geführt wurde, zu veräußern (Art. 23), und ebensowenig eine Firma von jemandem, welcher überhaupt kein Handelsgeschäft betreibt, auf einen Anderen übertragen werden kann (R.-O.-H.-G. Entsch. Bd. 6, S. 247), so erscheint es auch **unzulässig, daß jemand, welcher kein Handelsgeschäft betreibt, seinen Namen als Firma lediglich zu dem Zwecke eintragen läßt, damit davon für das Handelsgeschäft eines Anderen Gebrauch gemacht werden könne.** R. III. (37.) 120—122.

Nach dem Art. 27 kann den Unberechtigten auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma und auf Schadensersatz belangen: „wer durch den unbefugten Gebrauch einer Firma in seinen Rechten verletzt ist." Dieses Klagerecht ist also an zwei Voraussetzungen geknüpft — die Nichtbefugniß des Beklagten zum Gebrauche der Firma einerseits und eine dadurch begangene Verletzung von Rechten, welche dem Kläger zustehen, andererseits. **Die Klage wegen unbefugten Gebrauches einer Firma setzt aber nicht nothwendig entweder eine Verletzung des Vermögens des Klägers oder seines Rechtes auf den unbefugtermaßen gebrauchten Namen voraus**, denn bei der ganz allgemeinen Fassung des Gesetzes ist auch die Verletzung jedes anderweitigen Rechtes des Klägers durch den unbefugten Gebrauch einer Firma als durch Art. 27 geschützt anzusehen. — Hier handelt es sich nun um den Fall, ob der auf einen Apparat zur Entfernung des Nikotins aus dem Tabake patentirte Inhaber einer Fabrik zur Herstellung nikotinfreier Tabake beanspruchen kann, daß ein anderer Inhaber einer solchen Fabrik, welcher auf ein Verfahren zu diesem Zwecke patentirt ist, nicht eine Firma führt, in welcher er seine Fabrik als die „einzige" bezeichnet. Daß dieser Zusatz zunächst unbefugt ist, unterliegt keinem Zweifel. Nach der Bestimmung des Art. 16, Abs. 2 darf ein Kaufmann der Firma keinen Zusatz beifügen, welcher ein Gesellschaftsverhältniß andeutet, und andere Zusätze sind nur dann gestattet, wenn sie zur

näheren Bezeichnung der Person oder des Geschäftes dienen. (Die Bestimmung des Art. 16, Abs. 2 ist nach Art. 5 in ihrem zweiten Theile auch auf die Firmen von Handelsgesellschaften anzuwenden:) Durch das Wort „einzige" wird aber offenbar weder die Person der Inhaber noch das Geschäft näher bezeichnet, sondern nur eine auf die Heranziehung von Kunden für den Absatz der Fabrikate berechnete Reclame beabsichtigt. Ob das Handelsgericht solche Zusätze bei Anmeldung der Firma von Amtswegen zurückweisen darf (vgl. v. Hahn, 3. Aufl. zu Art. 16, §. 8), ist hier dahin gestellt gelassen; jedenfalls können Dritte eine in solchen Zusätzen liegende Rechtsverletzung geltend machen. R. III. (47.) 165—167.

Eine **Entschädigung** kann nach Art. 27 nur insofern verlangt werden, als durch den Gebrauch einer Firma ein besonderer Schaden erwachsen ist. R. V. (30.) 114.

Der Art. 27, Abs. 2 überhebt den Kläger nicht jeder Substantiirung seines Schadens. Es wurde hier einer Entscheidung eines Richters nicht beigepflichtet, wonach derselbe nicht bloß die Verpflichtung des Beklagten zum Schadensersatz festgestellt, sondern zugleich ein weiteres Verfahren und eine Entscheidung über die Höhe des Schadens vorbehalten und folgeweise die Entscheidung über die Kosten erstere Instanz noch ausgesetzt hat. Denn ein solcher Vorbehalt der Entscheidung würde, ungeachtet der Bestimmung im Art. 27, Abs. 2, daß auch über die Höhe des Schadens das Gericht nach freiem Ermessen zu erkennen hat, nur zulässig gewesen sein, wenn Kläger schon jetzt seinen Schaden durch Angabe der in Betracht kommenden thatsächlichen Verhältnisse und Umstände wenigstens in soweit substantiirt hätte, um dem Richter für seine freie Beweiswürdigung die nothwendigen Anhaltspunkte zu geben. (Vgl. v. Hahn, Commentar §. 3 zu Art. 27 H.-G.-B.) Wenn aber der Kläger es in dieser Beziehung an jeder Begründung hat fehlen lassen, so erscheint nur die Klage auf Feststellung der Schadensersatzpflicht als begründet und ist mithin schon jetzt definitiv zu erkennen, so daß Kläger den Betrag des Schadens in einem selbstständigen neuen Verfahren wird geltend zu machen haben. R. III. (47.) 168.

Anhang zum III. Titel.

Unter der Herrschaft der rheinisch-französischen Gesetzgebung kann das Recht auf eine Firma durch Ersitzung nicht erworben werden. Die Materie der Verjährung ist im Code civil geregelt. Der Art. 2281 desselben, dessen Vorschrift auch auf dem Gebiete des Code de commerce Anwendung findet, läßt zwar letzteres für die Verjährungen, welche unter Herrschaft desselben begonnen haben, in Kraft, derselbe setzt hierbei jedoch, wie in Doktrin und Rechtsprechung anerkannt ist, voraus, daß es sich um eine auch nach den Grundsätzen des Code civil zulässige Verjährung handelt. R. VII. (78.) 283. 284.

Vierter Titel.

Von den Handelsbüchern.

Art. 28.

Art. 28. Was die **Schätzung des Vermögensinteresses bei einer Klage auf Herausgabe von Handelsbüchern** anlangt, so steht in einem Falle, wo es sich darum handelt, sich die Einsicht und den Gebrauch derselben in etwas umständlicherer und kostspieligerer Weise zu verschaffen, unzweifelhaft ein vermögensrechtlicher Anspruch in Frage. Das den Gegenstand der Revision (den Werth des Streitgegenstandes) bildende Vermögensinteresse des Klägers besteht aber in einem solchen Falle bloß in den besonderen Kosten, die damit verbunden sind, daß er erforderlichenfalls selbst oder durch einen Mandatar die Geschäftsbücher anderwärts einsehen oder etwa sich Abschriften der betreffenden Einträge fertigen lassen muß. R. II. (115.) 403. 404.

Ein Tagenotizbuch (Comptoirkalender) ist kein Handelsbuch im Sinne des Art. 28 des H.=G.=B.'s So mannigfaltig auch die Handelsbücher sind und so weit auch der Begriff der Handelsbücher reicht, so ergiebt sich doch immer von selbst die Grenze, daß das Handelsbuch das Material, für welches es bestimmt ist, kaufmännisch geordnet zusammenzufassen hat, daß es nach der Geschäftseinrichtung zu Aufzeichnungen gewisser Art bestimmt sein muß. Dient ein Buch nur zur Aufnahme von Bemerkungen zur Unterstützung des Gedächtnisses, ist es nicht bestimmt, diese Aufzeichnungen in sachlich geordneter Weise für das Handelsgeschäft schriftlich zu fixiren, so kann es als Handelsbuch nicht angesehen werden. R. A. III. (142.) 304. 305.

Wenn ein Kaufmann mehrere Geschäfte betreibt, wovon das eine zur Buchführung verpflichtet, das andere nicht, so muß mindestens die Buchführung des Geschäftes, für welches kaufmännische Buchführung erforderlich ist, die Einwirkung des anderen Geschäftes auf die gesammte Vermögenslage erkennen lassen. Die Verpflichtung zur Buchführung und Bilanzziehung bezieht sich auf die gesammte Geschäftsführung des betreffenden Kaufmannes, wenigstens insoweit, daß die Zulässigkeit einer gänzlichen Ausscheidung einzelner Geschäftszweige und ihrer Ergebnisse für die gesammte Vermögenslage nicht anzuerkennen ist. Nur dann kann davon die Rede sein, daß aus den Büchern „seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens vollständig zu ersehen sind" (Art. 28, H.=G.=B.), daß die Handelsbücher eine Uebersicht des wirklichen Vermögenszustandes und die Bilanz eine zuverlässige Aufrechnung des Reinvermögens gewähren, wenn die Bücher auch über die Lage des Vermögens, welches der Kaufmann auch außerhalb des seine Eigenschaft als Vollkaufmann begründenden Geschäfts besitzt, Aufschluß geben. RA. IV. (54.) 105. 106. Wenn zweifellos eine ordentliche Buchführung erfordert, daß auch der Privatverbrauch des Kaufmannes aus den Büchern ersichtlich ist, so kann sicherlich eine Buchführung nicht als eine den Vermögenszustand vollständig klar stellende bezeichnet werden, welche nur über einen Theil der Geschäftsführung Aufschluß gewährt, einen anderen vielleicht in seinen Wirkungen auf den Vermögensstatus und die Zahlungsfähigkeit ebenso wesentlichen Theil ganz verschweigt. RA. IV. (54.) 106.

Art. 29.

Abs. 1. Die wesentliche Unterlage und Vorbedingung für die Errichtung einer ordnungsmäßigen und zweckentsprechenden Bilanz ist das im Art. 29 vorgeschriebene Vermögensinventar. Der Art. 29 verpflichtet in Abs. 1 den Kaufmann bei Beginn des Geschäftes und in alljährlicher Wiederholung zu genauer Verzeichnung seiner Grundstücke, seiner Forderungen und Schulden, des Betrages des baaren Geldes und seiner anderen Vermögensstücke unter Angabe des Werthes derselben gemäß der in Art. 31 gegebenen Vorschriften. Dieses Inventar ist unentbehrliche Grundlage und als solches integrirender Bestandtheil der Bilanz. Eine Ausnahme von der Pflicht zur jährlichen Inventur statuirt das Gesetz nur unter den in Abs. 2 von Art. 29 gedachten Voraussetzungen hinsichtlich der Inventirung des Waarenlagers; immerhin ist aber auch beim Vorhandensein dieser Voraussetzungen einerseits die Inventur der übrigen Vermögensstücke geboten, andererseits bleibt auch hinsichtlich des Waarenlagers das Inventar die Basis der alljährlich zu ziehenden Bilanz, insoferne diese auch in dem Zwischenjahre, wo Inventur des Lagers nicht stattfindet, dessen Werth anzugeben hat, dieser aber auf Grund der vorjährigen Lagerinventur unter Berücksichtigung der inzwischen eingetretenen, aus den Büchern sich ergebenden Veränderungen (Protokolle der Commission S. 46) zu ermitteln ist. RA. IV. (267.) 594. 595. Art. 29.

Nicht jede das Vermögen eines Kaufmannes betreffende ziffermäßige Zusammenstellung kann als Bilanz im Sinne des Gesetzes gelten. Zweck derselben ist nach dem Gesetze, eine unmittelbare zuverlässige Uebersicht über den jeweiligen Vermögensbestand am Schlusse der Rechnungsperioden zu geben; sie soll deshalb nach Art. 29 in einem das Verhältniß des Vermögens und der Schulden darstellenden Abschlusse bestehen, dessen Unterlage wiederum das durch die Angabe des Werthes der Vermögensstücke zu vervollständigende vorschriftsmäßige Inventar des Gesammtvermögens zu bilden hat. Entspricht das unter der Bezeichnung einer Bilanz errichtete Schriftstück diesem Zwecke nicht, gewährt es die vom Gesetze erforderte Uebersicht überhaupt nicht, oder beruht sein Inhalt nicht auf den gesetzlich vorgeschriebenen Unterlagen, enthält es vielmehr eine Zusammenstellung einzelner nur fingirter oder willkürlich angegebener Posten, so ist der Erfolg derselbe, als wenn überhaupt keine Bilanz errichtet wäre. RA. IV. (267.) 594. (RA. II. (248.) 526 ff.)

Das Gesetz stellt die Frist zu Inventirung des Waarenlagers nicht in das Belieben des Kaufmannes, sondern es bezeichnet bestimmt die Voraussetzung, unter der ausnahmsweise eine zweijährige Frist hierfür nachgelassen sein soll; und ob diese Voraussetzung vorliege, ist Sache rein thatsächlicher Beurtheilung. **Ist aber Jemand nach dem Gesetze von der Verpflichtung alljährlicher Inventirung des Waarenlagers entbunden, so berührt dies doch nicht seine Pflicht zu alljährlicher Bilanzziehung.** RA. IV. (267.) 593. [R. f. Str. I. (198.) 421. [RA. I. 354. 467.]

Ueber Bilanzziehung, **wenn ein Kaufmann mehrere Geschäfte betreibt, wovon das eine zur Buchführung verpflichtet, das andere nicht,** siehe bei Art. 28, ad RA. IV. (54.) 105. 106.

Die Verpflichtung zur Ziehung der Bilanz tritt nach Art. 29 des H.-G.-B.'s bei dem Beginne des kaufmännischen Gewerbes in Wirksamkeit,

und dies gilt auch für Handelsgesellschaften. **Der Zeitpunkt des Beginns des Gewerbes** ist nicht nothwendig derselbe, in welchem der Gesellschaftsvertrag abgeschlossen, oder die Gesellschaft zum Handelsregister angemeldet oder in dasselbe eingetragen wird; er ist vielmehr dann eingetreten, wenn der erste Act des Betriebs des kaufmännischen Geschäfts erfolgt. Der Art. 110 des H.=G.=B.'s steht dem nicht entgegen; er handelt davon, von welcher Zeit an die Handlungen der einzelnen Gesellschafter rechtliche Wirksamkeit nach außen für alle Theilnehmer an der Gesellschaft und für das Gesellschaftsvermögen erhalten, und es ist bestimmt worden, daß dieser Zeitpunkt zwar vor die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, aber nicht später fallen kann (vgl. Art. 112. 114. 116 des H.=G.=B.'s). Hiermit ist über den Zeitpunkt, in welchem der erste Act der Gesellschaft oder eines Gesellschafters, an welchen sich nach seiner Beschaffenheit überhaupt Rechtswirkungen knüpfen können, vorgenommen worden ist, nichts entschieden; dies ist vielmehr eine rein thatsächliche Frage. Vorher hat allerdings der Betrieb des kaufmännischen Gewerbes nicht begonnen. **Die Eröffnungsbilanz ist auch dann zu ziehen, wenn der Kaufmann seine Geschäfte ohne eigenes Vermögen beginnt.** Existirt bei Beginn des Geschäftes keinerlei actives oder passives Gesellschaftsvermögen, so ist eben dieser Umstand dem Art. 30 des H.=G.=B.'s gemäß buchmäßig festzustellen. Die im Art. 29 des H.=G.=B.'s gesetzlich anerkannte Nothwendigkeit für den Kaufmann, beim Beginne seines Gewerbes sein Vermögen, bezw. für Handelsgesellschaften das Gesellschaftsvermögen, vollständig zu verzeichnen, den Werth der Vermögensstücke anzugeben, und einen das Verhältniß des Vermögens und der Schulden darstellenden Abschluß zu machen, entspringt daraus, daß die Buchführung über die während des Betriebs des Gewerbes gemachten Geschäfte und deren Resultate erst auf der Grundlage der Anfangsbilanz geeignet ist, den Zweck zu erreichen, daß der Bestand des Vermögens in jedem bestimmten Zeitpunkte und dadurch das Ergebniß der Geschäftsführung übersehen und festgestellt werden kann, daß also die Buchführung ohne die Anfangsbilanz ihren Zweck verfehlen würde. RA. IV. (151.) 316—318.

Der Vorschrift des Art. 29 über jährliche Bilanzziehung ist **mit einer erst nach dem Schlusse des Geschäftsjahres begonnenen Ziehung der Bilanz nicht genügt,** denn „in jedem Jahre“ muß eine Bilanz aufgestellt werden und eine erst nach dem Schluß des Jahres begonnene Bilanzziehung ist keinesfalls eine rechtzeitige. R. f. Str. II. (11.) 30—33.

Die in Art. 29 vorgezeichnete einjährige Frist richtet sich nach dem Zeitpunkt des Beginnes des kaufmännischen Gewerbes und der hierbei vorgeschriebenen Aufmachung der Eröffnungsbilanz. Der Bestimmung, daß die Bilanz bei Eröffnung des Betriebes und demnächst in jedem Jahre zu ziehen ist, wird nur genügt, wenn die Jahresfrist von dem erstbezeichneten Zeitpunkte an berechnet wird. Wird die Bilanz erst nach Ablauf des ersten Geschäftsjahres, wenngleich innerhalb des der Geschäftseröffnung nachfolgenden Kalenderjahres aufgestellt, so ist damit der vom Gesetze als die Maximalfrist bezeichnete einjährige Zeitraum überschritten, innerhalb dessen die der Eröffnungsbilanz nachfolgende Bilanz gezogen werden muß. **Entspricht das Geschäftsjahr nicht dem Kalenderjahre und will der Kaufmann die Jahresfrist für die Bilanzziehung mit dem letzteren zusammenfallen lassen, so kann er dies ohne Verletzung des Art. 29 nur erreichen, wenn er an einem auf den Beginn des Geschäftsjahres folgenden Schluß**

des Kalenderjahres eine Zwischenbilanz aufmacht, von welcher sodann, dem Kalenderjahre entsprechend, die weitere einjährige Bilanzfrist läuft. RA. IV. (267.) 593. [RA. II. (207.) 417].

Abs. 2. Die Verpflichtung des Kaufmannes zur Inventur bildet nicht die Voraussetzung für seine Verpflichtung zur Aufstellung der Bilanz in dem Sinne, daß in dem Falle, wo die Inventur nach der Beschaffenheit des Geschäftes nicht füglich in jedem Jahre geschehen kann, auch die in Abs. 1 zur Pflicht gemachte jährliche Bilanzaufstellung nicht mehr erfordert ist. Die durch den Abs. 2 des Art. 29 zugelassene Abweichung von der als Regel aufgestellten Vorschrift, daß der Kaufmann in jedem Jahre Inventur und Bilanz aufzustellen hat, trifft dem Wortlaute nach lediglich die Pflicht der Inventur und kann als Ausnahme von einer Regel nicht über die ihr durch den Wortsinn gegebene Begrenzung ausgedehnt werden. Wenn hingegen geltend gemacht werden will, daß nach der Natur der Sache die Inventur die Voraussetzung der Bilanz bilde, und daß somit, auch ohne daß es dazu eines besonderen Ausspruches des Gesetzes bedürfte, das bezüglich der Voraussetzung Zugelassene auch bezüglich des durch sie Bedingte gelten müsse, so erscheint diese Argumentation zunächst schon in sich unhaltbar, weil unschlüssig. Stände die Aufstellung der Bilanz mit der Inventur in einem solchen untrennbaren Zusammenhange, daß sie ohne letztere in einer dem Zwecke des Gesetzes entsprechenden Weise schlechthin nicht angefertigt werden könnte, so würde daraus für den Verpflichteten nur eine Werthlosigkeit der im Abs. 2 ihm ertheilten Befugniß zu einer bloß zweijährigen Inventur sich ergeben, nicht aber der Hinwegfall der Pflicht zur alljährlichen Bilanzaufstellung zu folgern sein. Es kann aber auch ein Zusammenhang zwischen beiden Operationen in obigem Sinne nicht anerkannt werden. Bei ordnungsmäßiger Buchführung, wie das Gesetz sie vorschreibt, also auch voraussetzt, sind in ihr alle Faktoren gegeben, mittelst welcher unter Zugrundelegung der Inventur des Vorjahres auch ohne neue Aufnahme des Waarenlagers der dermalige Werth durch Berechnung ermittelt werden kann. Sind hierbei auch materielle Inkorrektheiten nicht zu vermeiden, so können dieselben doch die mittelst dieses Verfahrens zu ziehende Bilanz nicht so weit beeinflussen, daß letztere ihren Werth als eines Mittels, wodurch das Gesetz den Kaufmann nöthigen will, sich über seine Vermögenslage orientirt zu halten, überhaupt verlöre. Die Aufstellung der Bilanz muß demnach als eine von der Inventur unabhängige Verpflichtung erachtet werden. R. f. Str. I. (198.) 421—423.

Abs. 2. Ein Kaufmann hat die vorgeschriebene Bilanz seines Vermögens in jedem Jahre anzufertigen, wenn auch die Aufnahme eines Inventares binnen zwei Jahren genügend ist. Der Artikel 29 Abs. 1 des H.-G.-B.'s legt dem Kaufmann die Pflicht auf, in jedem Jahre sowohl ein Inventar über alle seine Vermögensstücke zu errichten, als eine Vermögen und Schulden darstellende Bilanz zu ziehen. Diese Verpflichtung zur jährlichen Errichtung eines Inventars wird im Abs. 2 des Art. 29 lediglich hinsichtlich des Waarenlagers des Kaufmannes, wenn dessen Inventur vermöge der Beschaffenheit des Geschäftes nicht füglich in jedem Jahre geschehen kann, dahin beschränkt, daß das Inventar des Waarenlagers alle zwei Jahre aufzunehmen sei; die Verpflichtung, alle übrigen Vermögensstücke jährlich zu verzeichnen, wird jedoch hierdurch nicht geändert. Mindestens an eine solche alles Vermögen mit Ausnahme der Waaren

umfassende Inventur hat sich die ohne Ausnahme jährlich zu ziehende Bilanz anzulehnen und es kann diese hierbei die Ergebnisse der Inventur des Vorjahres unter Berücksichtigung der durch die Buchführung sich erweisenden Veränderungen sehr wohl verwerthen. Wäre es richtig, daß nach der Natur eines Geschäftes die jährliche Bilanz ohne unmittelbar zuvor über das Waarenlager aufgenommenes Inventar zur Werthlosigkeit herabsänke, so würde dies angesichts der Vorschrift, welche unter allen Umständen die Aufstellung jährlicher Bilanz fordert, nur zu der Folgerung berechtigen, daß von der, unter gewisser Voraussetzung gesetzlich eingeräumten Befugniß, aller zwei Jahre Inventur des Waarenlagers aufzunehmen, überhaupt kein Gebrauch gemacht werden darf, um dem Gebote, brauchbare jährliche Bilanz zu ziehen, genügen zu können. RA. I. 354—356. [RA. II. (13.) 32—34.] RA. IV. (267.) 593—595.

Abs. 2. Die Beschaffenheit eines Geschäftes, welche Aufnahme der Inventur nur jedes zweite Jahr rechtfertigt, zieht nicht nach sich, daß auch die Bilanz nur jedes zweite Jahr aufzustellen ist. Die Commission für die Ausarbeitung des H.-G.-B.'s ist darin einig gewesen, daß, wenn schon für gewisse kaufmännische Geschäfte eine zweijährige Inventarisation des Waarenlagers für genügend zu erachten sei, doch auch bei diesen eine jährliche Bilanz gefordert werden müsse — Protokolle S. 46. — Diese Ansicht hat einen unzweideutigen Ausdruck im Wortlaut des Gesetzes gefunden. Im Abs. 1 des Art. 29 ist dem Kaufmann die Verpflichtung auferlegt, bei dem Beginn seines Gewerbes ein Verzeichniß seiner sämmtlichen, hier zum Theil der Gattung nach bezeichneten, Vermögensstücke mit Werthangabe anzulegen und einen das Verzeichniß des Vermögens und der Schulden darstellenden Abschluß zu machen; es wird weiter vorgeschrieben, daß er in jedem Jahre ein solches Inventar und eine solche Bilanz seines Vermögens anzufertigen hat. Hieran schließt sich Abs. 2, welcher bestimmt: Hat der Kaufmann ein Waarenlager, dessen Inventar nach der Beschaffenheit des Geschäfts nicht füglich in jedem Jahre geschehen kann, so genügt es, wenn das Inventar des Waarenlagers alle zwei Jahre aufgenommen wird. Indem nun für den im Abs. 2 bezeichneten Fall eine Ausnahmebestimmung von der im Abs. 1 enthaltenen Vorschrift nur bezüglich der Aufnahme des Inventars des Waarenlagers getroffen wird, ergiebt sich, daß sich die Ausnahme auch hierauf beschränkt, daß also auch für den hier genannten Fall die Vorschrift des Abs. 1 im Uebrigen in vollem Umfange bestehen bleibt. In diesem Sinne ist der Art. 29 in der handelsrechtlichen Literatur allgemein verstanden (vgl. u. a. Endemann Handelsrecht §. 22, S. 110 der 2. Aufl.; Anschütz und Völderndorff, Commentar Bd. 1 S. 237; Puchelt Commentar zu Art. 29 Anm. 4) und in der Rechtsprechung ganz konstant angewendet (Urtheile des Ob.-Tr. zu Berlin vom 11. Sept. 1867 bei Goltdammer Archiv Bd. 15 S. 778; v. 15. Mai 1872 ebd. Bd. 20 S. 262; v. 14. Juli 1875 ebd. Bd. 23 S. 442; v. 6. März 1877 ebd. Bd. 25 S. 225). RA. I. 467—469. [RA. II. (13.) 32—34. RA. IV. (267.) 593—595.]

Art. 30.

Art. 30. **Abs. 1.** Da nach Art. 30 des H.-G.-B.'s die Bilanz — ebenso wie das Inventar — von dem Kaufmanne und beim Vorhandensein mehrerer persönlich haftender Gesellschafter von diesen allen unterzeichnet werden muß,

so ist eine nicht unterzeichnete Bilanz keine ordnungsmäßige im Sinne des Gesetzes. Ein wie großes Gewicht man gerade auf die Unterzeichnung gelegt, geht auch daraus hervor, daß man das bei den Berathungen aufgetauchte Bedenken, ob nicht etwa diese Vorschrift in dem Falle unausführbar sei, wenn die verschiedenen Gesellschafter an weit entfernten Orten lebten, beseitigte und zwar durch den Einwand, daß die Anlegung von Inventur- und Bilanzbüchern nicht als unerläßlich vorgeschrieben sei (Art. 30 Abs. 2); daß aber Inventare und Bilanzen, die nicht in ein Buch eingetragen seien, zur Unterschrift versendet werden könnten. (Protokolle S. 46; v. Hahn Commentar zum H.-G.-B. 3. Aufl. S. 127, 128, Art. 30 §. 1.) RA. III. (186.) 403. 404. [RA. II. (207.) 417.]

In den Art. 30 ff. des H.-G.-B.'s sind mehrfache specielle Vorschriften für die Einrichtung der Bilanz gegeben. So hat der Kaufmann sich dabei einer lebenden Sprache und der Schriftzeichen einer solchen zu bedienen, Durchstreichungen oder Radirungen 2c., welche den Inhalt des ursprünglichen Eintrags unleserlich oder unkenntlich machen, zu vermeiden, den Werth der Vermögensstücke 2c. nach bestimmten Grundsätzen zu bestimmen 2c. Insbesondere ist nach Art. 30 die **Bilanz** von dem Einzelkaufmann und von sämmtlichen offenen Gesellschaftern 2c. **zu unterzeichnen.** Allein es liegt weder in der Natur der Dinge noch ist gesetzlich ausgedrückt, daß gerade der Nichtbeobachtung dieser Vorschrift eine erhöhte Bedeutung den übrigen Anforderungen gegenüber mit der Wirkung entfallender rechtlicher Existenz der Bilanz selbst beizumessen sei. Das H.-G.-B. gewährt keinen Anhalt für derartiges ausnahmsweises Ueberwiegen des Requisits der Unterschrift, für die Unterstellung, es sei eben die Unterzeichnung das wesentliche Moment, ohne welches die den sonstigen Erfordernissen entsprechende Bilanz überhaupt nicht zum rechtlichen Dasein gelange. Dagegen spricht schon der sonstige Inhalt desselben Art. 30 des H.-G.-B.'s. Nach dem 2. Absatze des Art. 30 nämlich kann die Bilanz in ein dazu bestimmtes Buch eingeschrieben oder jedesmal besonders aufgestellt werden. Im letzteren Falle sind die Bilanzen zu sammeln und in zusammenhängender Reihenfolge geordnet aufzubewahren. Nach Art. 32 Abs. 2 müssen die Bücher überhaupt gebunden und jedes von ihnen muß Blatt für Blatt mit fortlaufenden Zahlen versehen sein. RA. IV. (328.) 728. 729. R. f. Str. VII. (26.) 88. 89.

Art. 34.

Hinsichtlich der Frage, ob durch die neue Civilprozeßgesetzgebung an der **Urkundeneigenschaft der Handlungsbücher,** soweit diese Eigenschaft auf früheren Gesetzen beruhte, etwas geändert worden sei, ist zu unterscheiden zwischen der Geltung, welche Handlungsbücher bei einem Beweise gegenüber anderen Kaufleuten, und derjenigen, die sie bei einem Beweise gegenüber einem Nicht-Kaufmanne in Anspruch nehmen können. In der ersteren Beziehung legte der Art. 34 des H.-G.-B.'s den Büchern eine gesetzliche Beweiskraft bei, und diese Vorschrift hat das Einf.-Ges. zur C.-Pr.-O. §. 13 Nr. 2 aufgehoben, da sie dem Systeme derselben nicht entsprach (vgl. Motive zu §. 10 Nr. 2 des Entwurfs S. 484), womit der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§. 259 C.-Pr.-O.) im Allgemeinen auch auf die Handlungsbücher erstreckt worden ist. Ueber die Beweiskraft derselben im Verhältnisse zwischen dem Kaufmann und Nichtkaufleuten hatte **Art. 34.**

der aufgehobene Art. 34 keine Bestimmung getroffen, sondern auf die Landesgesetze verwiesen. So schrieb z. B. das daran anknüpfende braunschweigische Einf.-Ges. zum H.-G.-B. v. 14. Septbr. 1863 §. 20 vor, es seien die Handlungsbücher der Kaufleute bei Streitigkeiten mit Nichtkaufleuten zur Unterstützung anderer Beweise geeignet, überließ aber die Abschätzung der Beweiskraft der durch die Erwägung aller Umstände des Falls bestimmten gewissenhaften Ueberzeugung des Richters, und wollte bei dem ersten Satze einerseits der Ansicht entgegentreten, daß den Handlungsbüchern wegen ihrer einseitigen Entstehung und Führung eine Beweiskraft niemals beigelegt werden könne, außer wo das besondere Recht der Kaufleute eingreife, andererseits die Regel positiv aufstellen, daß ihnen gegenüber Nichtkaufleuten jedenfalls keine gesetzliche Beweiskraft bis zu irgend einem bestimmten Grade — Wahrscheinlichkeit, Erfüllungseid, Reinigungseid u. dgl. — zukommen solle, wovon nur unter besonderen Umständen eine Ausnahme gemacht werden dürfe. Dieser Inhalt des §. 20 das. steht aber mit der freien Beweiswürdigung des §. 259 der C.-Pr.-O. nicht in Widerspruch, sondern enthält bereits den nämlichen Grundsatz, ist daher auch nicht von dem §. 14 Nr. 3 des Einf.-Ges. zur C.-Pr.-O. getroffen, welcher diejenigen Vorschriften der Landesgesetze aufhebt, nach denen unter gewissen Voraussetzungen eine Thatsache als mehr oder minder wahrscheinlich anzunehmen ist. R. f. Str. IV. (3.) 5. 6. RA. III. (11.) 18.

Beweiskraft der Handelsbücher nach Aufhebung der Art. 34 ff. H.-G.-B. durch §. 13 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung. Der §. 13 Abs. 2 l. c. hat, indem er die im Art. 34 ff. H.-G.-B. aufgestellten Beweisregeln aufhob, keineswegs die Beweiskraft, welche den Handelsbüchern längst vor dem Handelsgesetzbuche aus in der Sache liegenden Gründen beigelegt ist, beseitigen oder schmälern, sondern nur das im §. 259 C.-Pr.-O. generell aufgestellte Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung auch für die Handelsbücher maßgebend erklären wollen. Nach dem Grunde, aus welchem den Handelsbüchern Beweiskraft beigelegt wird, kann diese Beweiskraft den Büchern für sich allein, ohne daß noch andere besondere Momente zur Begründung der Beweiskraft hinzuzukommen brauchen, also lediglich deshalb, weil der Kaufmann die betreffende Eintragung in die Bücher gemacht hat, beigelegt werden. Nach §. 259 C.-Pr.-O. hat der Richter indes zu würdigen, ob und welches Maß der Beweiskraft den Büchern im konkreten Falle beizulegen sei, und dabei können andere konkurrirende Momente zur Minderung oder Stärkung der Beweiskraft in Betracht kommen. Das Ergebniß der richterlichen Würdigung kann also im konkreten Falle die gänzliche Verneinung der Beweiskraft der Handelsbücher sein. R. VI. (101.) 345—348.

Art. 37.

Art. 37. Die Berufung auf Handelsbücher zum Beweise bestimmter Thatsachen ist die Antretung eines Urkundenbeweises. Wie bei der Bezugnahme auf eine einzelne Urkunde der Beweisführer gerade dasjenige spezielle Schriftstück, aus welchem sich der Beweissatz ohne weiteres ergeben soll, zu produciren hat, so **muß** bei einer Sammlung von Schriftstücken, mögen sie in Actenbänden oder Büchern vereinigt sein, **der Beweisführer** bei Produktion dieser Sammlungen selbstredend zugleich **diejenigen einzelnen Stellen nachweisen, aus denen er im konkreten Falle den Beweis führen will.**

Es ist nicht Sache des Gerichtes oder des gerichtlichen Sachverständigen, eine nach dieser Richtung unvollständige Beweisführung zu ergänzen und den Versuch zu machen, aus umfangreichen Acten oder Büchern, bei denen nur ein kleiner, von einem Dritten schwer aufzufindender Theil für das Beweisthema in Betracht kommt, diejenigen Stellen aufzusuchen, auf welche der beweispflichtige Produzent sich berufen haben könnte bezw. wollte. (A. L.-R. I. 5 §. 5 und I. 9 §. 4; A. G.-O. I. 10 §§. 58. 90 und 168; preuß. Einführungsgesetz z. H.-G.-B. Art. 22; H.-G.-B. Art. 37; Erkenntnisse des preuß. Obertribunals v. 14. März 1837 — Präjudiz Nr. 175; v. 15. Dezember 1837 in Koch, Archiv Bd. 2 S. 59; v. 10. Februar 1870, Striethorst, Archiv Bd. 76 S. 360; Scheele, Darstellung der Lehre vom Beweise im preußischen Civilprozeß §. 58.) R. I. (151.) 423. 424.

Fünfter Titel.

Von den Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten.

I. Prokuristen.

Art. 42.

Der Prokurist ist, wie der Korrespondentrheder, **Dritten gegenüber, soweit es sich um Geschäfte handelt, welche der Betrieb** einer Rhederei bezw. **eines Handelsgewerbes gewöhnlich mit sich bringt, nach** Art. 460 bezw. **Art.** 42 **zwar legitimirt, aber nicht verpflichtet zur prozessualen Vertretung** seiner Rhederei bezw. **seines Prinzipals,** und nur wenn er den Prozeß freiwillig aufnimmt, hat die an ihn geschehene Zustellung rechtliche Wirkung für die Rhederei bezw. für den Prinzipal. Lehnt er die Prozeßführung ab, so hat die Zustellung der Klage an die einzelnen Mitrheder bezw. den Prinzipal zu erfolgen. Denn während in Art. 42 und 460 beim Prokuristen und Korrespondentrheder nur von einer Ermächtigung, beziehungsweise Befugniß zu gerichtlichen Rechtshandlungen beziehungsweise zur Vertretung vor Gericht die Rede ist, wird in Art. 117. 137, verbunden mit Art. 144 Abs. 3. 167 und 227, verbunden mit Art. 235 in Betreff der von der Befugniß, die offene Gesellschaft zu vertreten, nicht ausgeschlossenen Gesellschafter, in Betreff der Liquidatoren, der bei einer Commanditgesellschaft persönlich haftenden Gesellschafter und des Vorstandes von Aktiengesellschaften der abweichende Ausdruck gebraucht: „wird vor Gericht vertreten“, beziehungsweise „haben zu vertreten“, und dabei ausdrücklich bestimmt, daß es zur **Behändigung von Vorladungen und Zustellungen** genüge, wenn das an eine der hier bezeichneten zur Vertretung berechtigten Personen geschehe. Alle diese Bestimmungen beziehen sich aber auf die natürlichen, bezw. gesetzlichen Organe eines Rechtssubjektes. Hätte der Gesetzgeber beabsichtigt, die gleichen Bestimmungen auch für fakultative Vertreter (wie der Prokurist und Korrespondentrheder es sind) zu treffen, so würde er, wie anzunehmen ist, auch hinsichtlich ihrer sich ähnlich ausgedrückt und dieselbe Bestimmung getroffen haben. (Vgl. v. Hahn, Commentar, 3. Aufl. §. 5 zu Art. 47.) R. I. (107.) 297. 298. **Art.** 42.

II. Handlungsbevollmächtigte.

Art. 47.

Art. 47. Wenn es der Prinzipal zuläßt, daß Jemand sich als sein Handlungsbevollmächtigter gerirt, so ist darin in Ermangelung besonderer Umstände **eine stillschweigende Bestellung** desselben **zum Handlungsbevollmächtigten** zu finden. Besondere Umstände, welche in einem solchen Falle diese Annahme auszuschließen geeignet wären, hat der Prinzipal anzuführen. R. I. (4.) 9.

Der Prinzipal, in dessen Namen ein Handlungsbevollmächtigter kontrahirt hat, **kann** den anderen Kontrahenten gegenüber **sich nicht darauf berufen, daß der Handlungsbevollmächtigte den Auftrag zum Abschlusse des Vertrages mißverstanden hat.** R. I. (4.) 9.

Gelegenheitsgesellschafter oder Handlungsbevollmächtigter? Siehe hierüber bei Art. 266 ad R. VI. (20.) 79. 80.

III. Handlungsreisende.

Art. 49.

Art. 49. **Die Bestimmung des Art. 49 H.=G.=B. über die Inkassovollmacht des Reisenden ist auf Stadtreisende nicht anzuwenden.** Die direkte Anwendung des Art. 49 Satz 2 auf sogenannte Stadtreisende ist durch die Worte des Gesetzes „an auswärtigen Orten" ausgeschlossen, eine analoge Anwendung aber deswegen unzulässig, weil diese Worte die Bestimmung in einem wesentlichen Punkte präzisiren. Der Umfang des Geschäftskreises des Verkaufsreisenden (dieser kommt ja in Satz 2 allein in Betracht) wird gerade dadurch bestimmt, daß die betreffenden Geschäfte an anderen Orten als an dem der Handelsniederlassung des Prinzipals vorgenommen werden. Dem kaufenden Kunden ist es von Interesse, der Mühe der Einsendung des Kaufpreises und der Tragung der Gefahr des Transportes desselben (Art. 325 Abs. 1, Art. 342 Abs. 3, H.=G.=B.) sich zu entschlagen und nicht genöthigt zu sein, Wechsel zu acceptiren. Der Verkäufer aber hat in dem persönlich beim Käufer sich einfindenden Reisenden ein Mittel, sowohl in diskreter, als nach Umständen in energischer Weise den Schuldner zu mahnen. Er kann aber dieses Mittel nur dann mit Erfolg anwenden und dem Käufer nur dann in der angegebenen Richtung entgegenkommen, wenn er dem Reisenden Inkassovollmacht giebt. Es hat sich daher im kaufmännischen Verkehre, insbesondere im kleineren Geschäftsbetriebe, die Sitte gebildet, dem Reisenden für seinen auswärtigen Betrieb Inkassovollmacht zu ertheilen. In Berücksichtigung dieser Sitte und des Bedürfnisses, aus welchem sie hervorgegangen, ist der zweite Satz des Art. 49 aufgestellt worden, freilich mit Beschränkung der gesetzlichen Vollmacht auf Einziehung des Kaufpreises aus den vom Reisenden selbst abgeschlossenen Verkäufen. Ganz anders stellt sich das Verhältniß bei Verkäufen, welche durch Handlungsbevollmächtigte an demjenigen Orte, an welchem sich die Niederlassung des Prinzipales befindet, wenn auch außerhalb der Geschäftsräume derselben, abgeschlossen werden. Zwar kann es von Interesse sein, auch an dem Orte der Niederlassung Kunden aufzusuchen und zum Abschluß von Käufen zu

veranlassen, wohl auch mit denselben in ihren Geschäftsräumen oder Wohnungen alsbald abzuschließen und zu diesem Zwecke sogar besondere Handlungsbevollmächtigte, die sogenannten Stadtreisenden, zu bestellen. Allein die Gründe, welche es wünschenswerth machen, durch dieselbe Person, welche an auswärtigen Orten Verkäufe abgeschlossen hat, die Kaufpreise einzuziehen, fallen hier selbst in größeren Städten hinweg und machen sich wenigstens nicht mit der gleichen Prägnanz geltend. Die Ertheilung der Inkassovollmacht an Stadtreisende zeigt sich nicht als ein Verkehrsbedürfniß. Es fehlen hiernach die Voraussetzungen der analogen Anwendung der Bestimmung des Art. 49 auf den Stadtreisenden selbst dann, wenn dieser Handlungsbevollmächtigter, geschweige dann, wenn er Agent ist. R. VI. (21.) 83—85.

Art. 52.

Der Stellvertreter eines Anderen kann in dieser Eigenschaft mit sich selbst als Stellvertreter eines Dritten einen Vertrag schließen. Art. 52.

Indem das Handelsgesetzbuch im Anschlusse an die gewohnheitsrechtliche Entwickelung des gemeinen Rechtes und an die Bestimmungen der neueren Gesetzbücher, insbesondere auch des preußischen Allgemeinen Landrechtes, die Möglichkeit einer (eigentlichen oder direkten) Stellvertretung beim Abschlusse obligatorischer Verträge anerkennt und die Vertretung verschiedener Personen durch denselben Vertreter, insbesondere auch die Besetzung des Vorstandes verschiedener eingetragener Genossenschaften mit denselben Personen, nicht untersagt, ergiebt sich auch die Möglichkeit, einen Vertrag zwischen verschiedenen Personen durch deren gemeinsamen Vertreter zu schließen, sofern nur die allgemeinen Voraussetzungen eines jeden Rechtsgeschäftes und die besonderen Voraussetzungen eines Vertragsschlusses vorliegen. Es kann nicht entgegnet werden, daß niemand Gläubiger und Schuldner in einer Person sein könne. Denn das durch den Vertragsschluß des Stellvertreters begründete Obligationsverhältniß entsteht in der Person des Vertretenen, folglich, wenn der Vertreter zweier verschiedener Rechtssubjekte eine Verbindlichkeit des einen gegen das andere übernimmt, zwischen den beiden von ihm vertretenen Personen. Ebensowenig ist ein solcher Vertragsschluß mit dem Begriffe des Vertrages unverträglich. Es ist möglich, daß jemand als Stellvertreter des Einen und als Stellvertreter eines Anderen dasselbe will, z. B. daß jener eine bestimmte Leistung und dieser eine bestimmte Gegenleistung machen soll. Die zum Wesen des Vertrages gehörige wechselseitige Einwilligung, duorum in idem placitum et consensus (A. L.-R. I. 5 §. 1; l. 1 §. 2 Dig. de pactis 2, 14; l. 3 pr. Dig. de pollic. 50, 12), ist in diesem Falle vorhanden, wenn einmal die Möglichkeit zugegeben ist, daß beim Vertragsschluß der Wille des Stellvertreters den Willen desjenigen, in dessen Person das Rechtsverhältniß entstehen soll, zu ersetzen vermag. Auch wenn die beiden Personen, zwischen denen das Obligationsverhältniß zustande kommen soll, beim Abschlusse des Vertrages ein entgegengesetztes Interesse haben, erscheint der Abschluß desselben durch einen gemeinsamen Vertreter nicht ausgeschlossen. Am wenigsten unterliegt dies dann einem Bedenken, wenn der Inhalt des abzuschließenden Vertrages nicht von dem Belieben des Vertreters abhängt, sondern ihm durch die von ihm vertretene Person vorgeschrieben oder von einem seiner Einwirkung unzugänglichen Umstande, z. B. dem Ausgange einer Versteigerung, dem Ermessen eines Dritten, dem zeitweiligen Marktpreise, abhängig gemacht ist.

Aber auch wenn der Inhalt des abzuschließenden Vertrages durch den Willen des Vertreters erst bestimmt werden soll und die ins Auge gefaßten Vertragsbedingungen sich desto günstiger für den einen Theil gestalten, je ungünstiger sie für den anderen Theil sind, kann doch ein Punkt gefunden werden, in welchem diese Verschiedenheit sich in Uebereinstimmung auflöst, nämlich wenn die Vertragsbedingungen als die unter den obwaltenden Umständen für jeden der beiden Theile erreichbar günstigsten erscheinen. Jeder der beiden Theile hat dies von seinem Standpunkte aus zu prüfen, und wenn die Parteien andere Personen mit dieser Prüfung betraut haben, so ist von diesen die Prüfung vorzunehmen. Treffen die Vertretungen in einer Person zusammen, so ist dieselbe wohl imstande, die Prüfung von den verschiedenen Standpunkten aus vorzunehmen und hierbei zu dem Ergebniß zu gelangen, daß gewisse Bedingungen als die erreichbar günstigsten dem Interesse beider Theile entsprechen. Nur wenn man von der für den wirklichen Verkehr nicht maßgebenden Anschauung ausginge, es sei die Aufgabe der mit dem Abschluß von Geschäften betrauten Personen, den anderen Theil zu übervortheilen, würde sich die Unthunlichkeit des Abschlusses durch einen gemeinsamen Vertreter ergeben. Mit diesem aus der Natur der Sache sich ergebenden Resultate stehen auch die Bestimmungen des positiven Rechtes im Einklange. Schon das römische Recht, welches den Abschluß obligatorischer Verträge durch freiwillig bestellte Vertreter nicht zuläßt und aus diesem Grunde die hier erörterte Frage in Beziehung auf solche Vertreter nicht behandelt, anerkennt wenigstens in Betreff des Tutor die Wirksamkeit von Zahlungen, welche er an sich selbst als Gläubiger des Mündels aus dessen Vermögen an sich selbst als Vormund leistet (l. 9 §. 5 Dig. de adm. et peric. tut. 26, 7), von Darlehen, welche er sich selbst aus dem Vermögen des Mündels oder welche er sich als Vormund aus seinem eignen Vermögen gewährt (l. 9 §. 7 Dig. eod.), und von Kaufverträgen, durch welche er von ihm zum Verkaufe gebrachte Sachen des Mündels im Wege der öffentlichen Versteigerung selbst erwirbt (l. 5. §. 4 Dig. de auct. et cons. 26, 8; l. 5. Cod. de contrah. emt. 4, 38). (Vgl. Römer, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 19, S. 67 fg.) Auch im preuß. Allgemeinen Landrecht ist die Möglichkeit anerkannt, daß der Vater zu dem nicht freien Vermögen der Kinder gehörige Kapitalien einzieht und anstatt anderweitiger Belegung derselben sich selbst zum Schuldner der Kinder dafür bestellt (II. 2. §. 169), und die Fassung des §. 22 I. 13 in Verbindung mit §§. 25. 27 das. läßt darauf schließen, daß der Gesetzgeber es für möglich hält, daß ein Bevollmächtigter im Auftrage und Namen verschiedener Personen, deren Interesse einander entgegenläuft, zwischen diesen einen Vertrag abschließt. (Vgl. Dernburg, Preußisches Privatrecht 2. Aufl. Bd. 2 §. 181, Note 11. Behrend, Lehrbuch des Handelsrechtes Bd. 1, S. 345.) Der Ansicht des vormaligen Reichsoberhandelsgerichtes (Entsch. Bd. 8, S. 393), es sei nach den Grundsätzen des Civilrechts, wie des Handelsrechts, von besonderen Ausnahmen abgesehen, rechtlich unmöglich, daß bei einem Vertrage die Stellen einander gegenüberstehender Contrahenten durch eine und dieselbe Person vertreten werden, ist demnach nicht beizustimmen und das auf dieser Ansicht beruhende angefochtene Erkenntniß zu vernichten. — Wenn aber auch die Möglichkeit zugegeben wird, daß der Stellvertreter einer Person mit sich selbst im eigenen Namen oder namens einer von ihm ebenfalls vertretenen anderen Person Verträge schließt, so

können doch dem Zustandekommen eines derartigen Vertrages im einzelnen Falle Hindernisse entgegenstehen, welche sich aus besonderen gesetzlichen Vorschriften oder aus dem Willen der Vertretenen oder aus den allgemeinen Grundsätzen über die Schließung von Verträgen ergeben. Es ist 1. möglich, daß gesetzliche Vorschriften bestehen, welche für gewisse Klassen von Vertretern, allgemein oder für gewisse Arten von Rechtsgeschäften, den Abschluß von Verträgen untersagen, bei welchen das eigene Interesse des Vertreters oder das Interesse einer ebenfalls von ihm vertretenen anderen Person betheiligt ist. Solche Vorschriften, welche z. B. in betreff des Vaters und Vormundes bestehen (A. L.-R. II. 18 §§. 29. 46; Vormundschafts-Ordnung vom 5. Juli 1875 §. 86), gelten für den Vorstand eingetragener Genossenschaften nicht. 2. Es ist möglich, daß die Vollmacht zur Vertretung eines Anderen nach dem ausdrücklich oder stillschweigend erklärten oder zu vermuthenden Willen des Machtgebers sich nicht soweit erstreckt, daß der Bevollmächtigte auch in solchen Fällen zur Vertretung ermächtigt ist, wo das Interesse des Bevollmächtigten oder eines von ihm zu vertretenden Dritten dem Interesse des Machtgebers widerstreitet (A. L.-R. I. 13 §§. 21—28; II. 6 §. 151). Eine solche Beschränkung findet z. B. bei dem Vorstande einer eingetragenen Genossenschaft nicht statt, welcher nach §§. 20. 21 des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 eine nach außen hin unbeschränkte und unbeschränkbare Vollmacht zur Vertretung der Genossenschaft bei den in ihrem Namen geschlossenen Rechtsgeschäften hat. 3. Die Unwirksamkeit des von dem Stellvertreter eines Anderen mit sich in eigenem oder fremdem Namen abzuschließenden Vertrages kann darauf beruhen, daß es an der auch in diesem Falle erforderlichen gegenseitigen Erklärung des Vertragswillens mangelt, durch welche der Vertrag erst zustande kommt, sodaß von da ab eine einseitige Zurücknahme nicht mehr stattfindet. 4. Wenn der gemeinsame Vertreter seine Doppelstellung dazu mißbraucht, unter Hintansetzung des Interesses des einen Theiles den Vertrag zum alleinigen Vortheil des anderen Theiles abzuschließen, ist der Benachtheiligte berechtigt, wegen Arglist des Vertreters den Vertrag anzufechten. Ist der Vertreter eines einzelnen Kontrahenten sich bewußt, beim Abschlusse des Vertrages die Interessen seines Vollmachtgebers zu verletzen, so erwächst hieraus dem letzteren das Recht zur Anfechtung des Vertrages nur dann, wenn auch der andere Kontrahent oder dessen Vertreter davon Kenntniß hatte, also mit jenem kolludirte; es liegt ihm daher der Beweis sowohl der Arglist seines Vertreters als der Theilnahme des anderen Kontrahenten oder dessen Vertreters an der geübten Arglist ob. Dieses doppelten Beweises bedarf es nicht, wenn eine und dieselbe Person beide vertragschließende Theile vertritt. Hat der Vertreter des Benachtheiligten die Interessen desselben wissentlich verletzt, so ist in diesem Falle hiermit die Theilnahme des Vertreters des anderen Kontrahenten von selbst gegeben. R. VI. (3.) 11—17. [R. VII. (38.) 120.] Ueber die **Unmöglichkeit des Kontrahirens eines in eigenem Namen Handelnden mit sich als ebenfalls in eigenem Namen Handelnden** siehe bei Art. 343 ad R. V. (14.) 59.

Da in Ermangelung handelsrechtlicher Normen auch in Handelssachen die Grundsätze des allgemeinen bürgerlichen Rechtes anwendbar sind, so ist die Frage von Wichtigkeit, **ob die actio quasi institoria nach heutigem gemeinen Recht noch stattfindet.** Hierüber folgendes: Das römische Recht gewährte zwar neben der Kontraktsklage gegen den Beauftragten, sofern

das Auftragsverhältniß beim Abschlusse des Vertrages erkennbar geworden war, dieselbe Klage (als sogenannte actio adjectitiae qualitatis) auch gegen den Auftraggeber. Da aber die Zulassung dieser Klage mit dem Grundsatze des römischen Rechtes, daß eine eigentliche Stellvertretung beim Abschlusse obligatorischer Verträge nicht stattfinde, aufs engste zusammenhängt und den Zweck hatte, die Belangung des Auftraggebers insoweit herbeizuführen, als es ohne Anerkennung der Zulässigkeit freier Stellvertreter bei obligatorischen Verträgen möglich war, so erscheint mit der Beseitigung des gedachten Grundsatzes des römischen Rechts, welche zunächst durch das Gewohnheitsrecht herbeigeführt, und sodann durch Art. 52 H.-G.-B. (und §. 3, Nr. 2 der mecklenburgischen Einführungsverordnung vom 28. Dezember 1863) auch gesetzlich ausgesprochen wurde, zugleich die actio quasi institoria des römischen Rechtes als gänzlich beseitigt. Wie die auf dem Boden des gemeinen Rechts entstandenen Gesetzbücher (preuß. A. L.-R. I. 13. §. 154; sächsisches bürgerliches Gesetzbuch §. 790) bestimmen, daß, wenn der Beauftragte in seinem eigenen Namen den Vertrag abschließt, die Erfüllung desselben nur von ihm gefordert werden kann, so gilt dasselbe auch im Gebiete des gemeinen Rechts. Der den Vertrag im eigenen Namen abschließende wird daher selbst dann allein verpflichtet, wenn er beim Abschlusse zu erkennen gab, daß er im Auftrag und für Rechnung eines Anderen handle, sofern nur hierin nicht die Erklärung, namens des Anderen kontrahiren zu wollen, sondern lediglich die Angabe des Grundes enthalten ist, weshalb er den Vertrag schließe. R. II. (43.) 166. 167.

Art. 55.

Art. 55. **Derjenige, welcher als Bevollmächtigter für einen Machtgeber kontrahirt hat, obwohl ihm keine Vollmacht ertheilt war, kann von dem dritten Kontrahenten auf Erfüllung des Vertrages oder auf Entschädigung in Anspruch genommen werden.** Die Frage nach der Haftung des falsus procurator lag für das römische Recht anders, als für das jetzige. Denn da ersteres die Obligation in der Person des kontrahirenden Stellvertreters entstehen ließ, und davon ausging, daß nur die zwischen den Kontrahenten begründete Obligation mittels Cession übertragen werden konnte, so mußte es den kontrahirenden Stellvertreter stets für haftend erklären. Das jetzige Recht nimmt im Gegensatze dazu an, daß die durch einen Bevollmächtigten vermittelte Obligation direkt zwischen dem Machtgeber und dem Dritten zustande kommt. Soweit der Bevollmächtigte seiner Vollmacht gemäß handelt, kann Erfüllung der Obligation nur vom Machtgeber, nicht vom Bevollmächtigten gefordert werden. Ob und in welchem Umfange nach diesem jetzt geltenden Rechte der als Bevollmächtigter abschließende dem Dritten haftet, wenn er keine Vollmacht besaß, und der Machtgeber das für ihn abgeschlossene Geschäft nicht genehmigt, ist eine in der Doktrin und Praxis vielfach erörterte Frage. Für das Handelsrecht hat Art. 55 H.-G.-B. die Vorschrift getroffen, daß Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte, welche ein Handelsgeschäft schließen, ohne Prokura oder Handlungsvollmacht erhalten zu haben, ingleichen ein Handlungsbevollmächtigter, welcher bei Abschluß eines Geschäftes seine Vollmacht überschreitet, dem Dritten persönlich haftet, und von ihm nach seiner Wahl auf Schadensersatz oder Erfüllung belangt werden könne. (Die in Art. 55 H.-G.-B. für Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte getroffene Be-

stimmung ist in Art. 298 Abs. 2 auf alle Bevollmächtigte, welche Handelsgeschäfte ohne Vollmacht oder mit Ueberschreitung derselben abschließen, ausgedehnt.) Aehnlich bestimmt Art. 95 W.-O., daß derjenige, welcher eine Wechselerklärung als Bevollmächtigter eines Anderen unterzeichnet, ohne dazu Vollmacht zu haben, persönlich in gleicher Weise haftet, wie der angebliche Machtgeber gehaftet haben würde, wenn die Vollmacht ertheilt worden wäre. Die durch diese Vorschriften zum Gesetz erhobenen Rechtsgrundsätze haben auch in mehrere deutsche Landesgesetzgebungen Eingang gefunden (vgl. preuß. A. L.-R. I. 13 §§. 9. 96. 127. 171; sächsisches Gesetzbuch §. 789). Das Reichsgericht nimmt an, daß die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches und der Wechselordnung kein Sonderrecht für Handels- und Wechselsachen enthalten, sondern daß dieselben Rechtsgrundsätze auch im gemeinen Rechte Geltung haben. Der falsus procurator schließt seinerseits den Vertrag mit dem Dritten ab, wenn auch in fremdem Namen. Die rechtliche Folge, daß der Machtgeber direkt verpflichtet wird, und der Bevollmächtigte außer Verbindlichkeit bleibt, tritt nur ein, wenn die behauptete Vollmacht in Wirklichkeit ertheilt ist. Fällt diese Voraussetzung fort, so haftet der angebliche Bevollmächtigte als Kontrahent. Er würde arglistig handeln, wenn er den Dritten an den Machtgeber verweisen wollte, obwohl er weiß oder wissen muß, daß derselbe wegen Mangels der Vollmacht an den Vertrag nicht gebunden ist. Der Dritte darf deßhalb von dem Bevollmächtigten Erfüllung verlangen. Andererseits ist letzterer nicht berechtigt, zu verlangen, daß in seiner Bereiterklärung, persönlich in den Vertrag einzutreten, die Erfüllung seiner Verbindlichkeit gefunden werde. Denn ihm gegenüber ist eine Verbindlichkeit des Dritten überhaupt nicht existent geworden. Es hängt deshalb von der Wahl des Dritten ab, ob er den falsus procurator als Kontrahenten auf Erfüllung oder auf Entschädigung in Anspruch nehmen will. R. VI. (60.) 214—217.

Sechster Titel.

Von den Handlungsgehülfen.

Art. 57.

Handlungsgehülfen sind im Sinne des Art. 2101 Nr. 4 Code civil nicht als gens de service anzusehen. R. I. (79.) 218—220. Art. 57.

Für die Auffassung einer im Dienste des Prinzipals, der Kaufmann ist, vorgenommenen Thätigkeit als kaufmännischen Dienstes spricht keine Vermuthung. Den allgemeinen Regeln über Beweislast aber entspricht es, daß, wenn nicht genügende Thatsachen vorliegen, aus welchen der Richter die Ueberzeugung entnehmen kann, daß die fraglichen Leistungen die Natur kaufmännischer Dienste haben, es zunächst Sache derjenigen Partei, welche aus dieser Natur der Dienste Rechte für sich herleiten will, ist, solche Thatsachen darzulegen. R. I. (97.) 268. 269.

Art. 59.

Bezüglich der **Beschränkungen des Gewerbebetriebes** hat das Reichsgericht eine Entscheidung erlassen, welche auch für das Handelsrecht von Interesse sein dürfte, und deshalb hier angeführt werden soll. Es hat Art. 59.

nämlich entschieden, daß Verträge, wodurch der eine Kontrahent dem andern Kontrahenten gegenüber sich verpflichtet, einzelne bestimmte Waaren weder zu fabriciren, noch zu vertreiben, noch das Fabrikationsgeheimniß anderen mitzutheilen, nicht als gegen §§. 1. 10 der Reichsgewerbeordnung oder gegen die guten Sitten verstoßend ungültig sei, wenn diese Beschränkung weder örtlich noch zeitlich begrenzt ist. Hierüber ist folgendes ausgeführt: Verträge, durch welche der eine Kontrahent dem anderen Kontrahenten gegenüber sich Beschränkungen in seinem Gewerbebetriebe unterwirft, sind nicht nach §§. 1. 10 der Reichsgewerbeordnung ungültig, sofern sie nicht dem öffentlichen Interesse zuwider laufen (vgl. Entsch. des preuß. Obertr. Bd. 80, S. 1 ff; Entsch. des R.-O.-H.-G.'s Bd. 7, S. 418 ff; Bd. 12, S. 29. 30; Bd. 15, S. 163. 164; Bd. 16, S. 160 ff; Entsch. des Reichsgerichtes Bd. 1 Nr. 11, S. 22). Die Gewerbeordnung hat die Vertragsfreiheit nicht in weiterem Umfange, als durch das öffentliche Wohl, das Interesse des Publikums geboten wird, beschränken wollen. Durch Stipulationen des angegebenen Inhalts wird eine ausschließliche Gewerbeberechtigung im Sinne des §. 10 der Gewerbeordnung nicht begründet. Auch wird dadurch der Grundsatz des §. 1 der Gewerbeordnung, wonach, abgesehen von den in diesem Gesetze bestimmten Ausnahmen oder Beschränkungen, der Betrieb eines Gewerbes Jedermann gestattet ist, nicht verletzt. In den meisten bisher zur Entscheidung der gedachten höchsten Gerichtshöfe gelangten Fällen lautete die angefochtene Vertragsbestimmung dahin, daß der eine Kontrahent ein bestimmtes Gewerbe während eines bestimmten Zeitraumes oder in einem örtlich bestimmten Bezirke nicht oder nur mit Beschränkungen betreiben dürfe. Allein **durch eine solche örtliche oder zeitliche Begrenzung der vertragsmäßigen Beschränkung** des Gewerbebetriebes des einen zum Vortheile des anderen Kontrahenten **ist die Rechtsverbindlichkeit solcher Stipulationen keineswegs bedingt.** An sich ist eine solche vertragsmäßige Beschränkung, welcher der eine Kontrahent dem anderen Kontrahenten gegenüber sich unterwirft, ohne daß eine Begrenzung nach Ort oder Zeit hinzugefügt wird, der Regel nach **nicht rechtsungültig, so lange nicht ein öffentliches Interesse,** welches die Gewerbeordnung schützen will, **dadurch verletzt wird.** Es steht nicht mit den Grundsätzen der Gewerbefreiheit im Widerspruche, wenn ein Gewerbetreibender durch Stipulationen des vorliegenden Inhaltes sich gegen den Mißbrauch seines Fabrikationsgeheimnisses durch Personen, welche in einem Societäts- oder Dienstverhältnisse zu ihm gestanden und dadurch von dem Geheimnisse Kenntniß erhalten haben, schützt (vgl. Entsch. des R.-O.-H.-G.'s Bd. 7, S. 421. 422). R. II. (30.) 118—121.

Art. 62.

Art. 62. **Den Bestimmungen der Art. 62—64 liegt der Gesichtspunkt zu Grunde, daß bei einem Dienstvertrag jeder Theil verpflichtet ist, ein Benehmen zu vermeiden, welches die Erfüllung des Vertrages unmöglich macht.** R. VII. (26.) 79.

Unmöglichkeit der Leistung bei Dienstmiethe. Bei der nahen Verwandtschaft der Dienstmiethe mit der Sachenmiethe und der wesentlichen Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse beim perfekten Kaufkontrakte sind bei Beantwortung der Frage über den Einfluß der kasuellen Unmöglichkeit der Leistung nicht die in den Rechtsquellen für den letzteren aufgestellten Grund-

sätze, wonach der Verkäufer durch dieselbe nicht nur von jeder Haftung auf Leistung der Sache befreit wird, sondern auch die Gegenleistung, den Kaufpreis, vom Käufer verlangen kann (l. 5 Dig. de resc. vend. 18. 5; l. 14. 15 Dig. de jure dot. 23. 3), sondern die für die Sachmiethe geltenden, nach denen der Vermiether das Miethgeld nur für die Zeit verlangen kann, während welcher er dem Miether die Benutzung der Sache gewährt hat (l. 9 §§. 4. 6, l. 19 §. 6, l. 30 §. 1 Dig. locati 19. 2) analog anzuwenden. Darnach ist als Regel davon auszugehen, daß **der Miether der Dienste zur Zahlung der Gegenleistung nur verpflichtet sei, wenn und so weit die Leistung der Dienste wirklich erfolgt** ist und davon eine Ausnahme nur dann zuzulassen, wenn der Vermiether im Stande und bereit ist, die Dienste zu leisten, der Miether aber durch ohne Verschulden des Vermiethers eingetretene Hindernisse verhindert ist, von den angebotenen Diensten Gebrauch zu machen, oder keinen Gebrauch davon machen will, vorausgesetzt, daß der Vermiether seine Dienste nicht anderweitig vermiethet hat. Die Quellenstellen, auf welche man zur Bekämpfung dieser Ansicht und zur Begründung der Behauptung sich berufen hat, daß für die Dienstmiethe dieselben Grundsätze gelten, wie für den perfekten Kauf, sind nicht geeignet, diese letztere zu rechtfertigen. Insbesondere kann die l. 19 §. 9 Dig. locati 19. 2 nicht auf alle Fälle einer kasuellen Unmöglichkeit bezogen werden, namentlich nicht auf die Fälle, wo der Grund der Unmöglichkeit der Leistung nicht auf die Person des Miethers zurückzuführen ist. Die l. 11 Cod. de cond. ob caus. dat. 4. 6, l. 1 §. 13 Dig. de extr. cogn. 50. 13, l. 4 Dig. off. ass. 1. 22, l. 19 §. 10 Dig. locati 19. 2 enthalten aus der besonderen Stellung des Advokaten und des patronus fisci sich ergebende singuläre Bestimmungen. Eher würde ein Bedenken gegen die hier vertretene Ansicht aus l. 38 pr. Dig. locati 19. 2 entnommen werden können, indem dort allgemein der Satz aufgestellt wird: qui operas suas locavit totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet. Allein es erscheint gerechtfertigt, diesen dem liber regularum des Paulus entnommenen Satz einschränkend dahin zu interpretiren, daß er wie die l. 19 §. 9 a. a. O. nur von solchen Fällen zu verstehen sei, in welchen der Miether die ihm vom Vermiether zur Verfügung gestellten Dienste nicht annehmen will oder kann, weil derselbe mit den in den übrigen Quellenstellen enthaltenen Prinzipien und den sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts nicht in Einklang stehen würde, wenn man ihn auf alle Fälle einer kasuellen Unmöglichkeit der Leistung beziehen wollte. (Vgl. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht I. §. 30. S. 352 fg., III. S. 415 fg.; Windscheid, Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft II. S. 106 fg.; Windscheid, Pandekten §§. 321. 401; von Vangerow, Pandekten III. §. 591. VII; Sintenis, Civilrecht II. §. 106, S. 471 fg.) Es genügt also nicht, daß der Vermiether der Dienste persönlich fähig und bereit ist, die vermietheten Dienste zu leisten, sondern er muß auch objektiv im Stande sein, sie zu leisten. R. III. (51.) 181—183.

Siebenter Titel.

Von den Handelsmäklern oder Sensalen.

Art. 82.

Art. 82. **Der Anspruch des Maklers auf Gebühr ist nicht durch die Mitwirkung desselben beim Abschlusse des von ihm zu vermittelnden Vertrages bedingt.** Ein Anspruch auf Maklergebühr ist zwar nur dann begründet, wenn das Geschäft durch Vermittelung des Maklers zu Stande gekommen ist. Dies ist aber nicht dahin zu verstehen, daß Maklergebühr nur dann gefordert werden kann, wenn die Feststellung der Vertragsbedingungen und der Austausch der den Abschluß des Vertrages bewirkenden Erklärungen unter Mitwirkung des Maklers stattgefunden hat. Es genügt vielmehr zur Begründung des Anspruches, daß ein ursachlicher Zusammenhang zwischen der Thätigkeit des Maklers und dem Abschlusse des Geschäftes besteht. Ein solcher Zusammenhang kann aber auch dann vorhanden sein, wenn die Thätigkeit des Maklers nur in der Zuführung oder Zuweisung einer zum Abschluß des Vertrages geneigten Person bestand, der Abschluß des Vertrages mit dieser Person dagegen ohne weitere Benutzung der Dienste des Maklers durch den Auftraggeber desselben unmittelbar bewirkt worden ist. (Vgl. die Entsch. des Obertribunals zu Berlin bei Seuffert, Archiv Bd. 30 Nr. 102, des O.-A.-G.'s Dresden in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung in Sachsen Bd. 22 S. 363 und Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 8 S. 187 u. a. m.). R. VI. (51.) 187. 188.

Der Makler hat keinen Anspruch auf Gebühr, wenn nach Abbruch der durch ihn vermittelten Verhandlung der Vertrag mit derselben Person durch den Auftraggeber unmittelbar zu Stande gebracht wird. Wenngleich der Anspruch des Maklers auf Gebühr nicht davon abhängt, daß der Abschluß des Geschäftes von ihm vermittelt wird, vielmehr dieser Anspruch auch dann begründet erscheint, wenn der durch die Kontrahenten unmittelbar bewirkte Abschluß durch die Thätigkeit des Maklers herbeigeführt worden ist, und in dieser Beziehung schon die Zuführung oder Zuweisung des anderen Kontrahenten unter Umständen genügen kann, so ist dies doch dann nicht der Fall, wenn der Makler seinem Auftraggeber eine Person zuführt oder zuweist, welche demselben ohnehin als zum Abschlusse des fraglichen Geschäftes oder als im allgemeinen zum Abschlusse derartiger Geschäfte unter bestimmten Bedingungen bereits bekannt ist. (Vgl. Erkenntniß des O.-A.-G.'s Rostock von 1855 in der Sammlung Rostocker Rechtsfälle Heft 3 S. 192; Erkenntniß des O.-G.'s Wolfenbüttel von 1878 bei Seuffert, Archiv Bd. 33 Nr. 298.) R. VI. (52.) 188. 189.

Zweites Buch.

Von den Handelsgesellschaften.

Erster Titel.

Von der offenen Handelsgesellschaft.

Erster Abschnitt.

Von der Errichtung der Gesellschaft.

Art. 85.

Unter **„Einlage“** oder **„Vermögenseinlage“** ist nicht nur die in baarem Gelde, sondern auch die in anderen Gegenständen gemachte Einlage zu verstehen. R. II. (80.) 306. **Art.** 85.

Art. 86.

Für den Gesetzgeber liegt der Grund zu der ausdrücklichen Bestimmung, daß der **Sitz der Handelsgesellschaft** eingetragen werde, darin, daß der den Mittelpunkt ihrer Geschäfsführung bildende und für ihre handelsrechtlichen Verhältnisse einflußreiche Sitz einer Handelsgesellschaft, welcher von dem Wohnsitze der einzelnen Gesellschafter abhängig ist, im Bundesgebiete liegen muß, wenn die Gesellschaft für eine inländische angesehen werden soll. RA. IV. (280.) 627. **Art.** 86.

Zweiter Abschnitt.

Von dem Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander.

Art. 90.

In einem gegen eine offene Handelsgesellschaft angestellten Prozeß ist der einzelne Gesellschafter berechtigt, als Intervenient aufzutreten. **Art.** 90. Wenn eine offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma belangt wird, so wird in diesem Prozeß die Gesellschaft durch diejenigen Personen vertreten, welche zur Vertretung der Gesellschaft durch Gesetz oder Gesellschaftsvertrag überhaupt berufen sind. Aus dem gegen die so vertretene Gesellschaft erstrittenen verurtheilenden Erkenntniß haften die einzelnen Gesellschafter auch mit ihrem Privatvermögen, während denselben aus einem absolvirenden Erkenntniß die exceptio rei judicatae zusteht. Auf welchem Wege das verurtheilende Erkenntniß erreicht worden, ist gleichgültig. Auch das auf Grund eines von den Vertretern der Gesellschaft verschuldeten Versäumnisses ergangene Erkenntniß ist für die einzelnen Gesellschafter bindend. Bestimmt der Gesellschaftsvertrag, daß zur Vertretung der Gesellschaft gemeinsames Handeln aller oder mehrerer Gesellschafter erforderlich ist, so präjudicirt es

der Gesellschaft, wenn es an einem solchen gemeinsamen Handeln gebricht. Allein hierdurch ist nicht ausgeschlossen, daß der einzelne Gesellschafter in der Weise eines Intervenienten die Vertheidigung der Gesellschaft übernehmen kann. Allerdings wird bei den Bestimmungen über Intervention davon ausgegangen, daß der Intervenient ein von den Parteien verschiedener Dritter sei (A. G.-O. I. 18 §§. 1. 7), und da die offene Handelsgesellschaft nicht als juristische Person aufzufassen ist, so ist jeder einzelne Gesellschafter durch die Klage gegen die Gesellschaft effectiv mitbelangt. Allein dies gilt doch nicht nach allen Richtungen hin. Soweit das Privatvermögen des einzelnen Gesellschafters und die Haftung mit demselben in Betracht kommt, ist der Gesellschafter weder durch die gegen die Firma gerichtete Klage belangt, noch durch die Vertreter der Gesellschaft vertreten, und doch präjudicirt ihm das gegen die Gesellschaft ergangene Erkenntniß auch nach dieser Richtung, indem es für ihn unangreifbar das Vorhandensein einer Gesellschaftsschuld feststellt und er für diese nach gesetzlicher Bestimmung haftet. Insofern erscheint er also formell als Dritter und ist sein Interesse am Ausgange des Prozesses evident. Die Grundsätze über accessorische Intervention sind mithin auf das betreffende Verhältniß anzuwenden. **Dem einzelnen Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft steht das Recht, als Intervenient aufzutreten, auch dann zu, wenn Kollektivvertretung vereinbart und im Handelsregister eingetragen ist.** Es unterliegt keinem Bedenken, dann, wenn die berufenen Kollektivvertreter keine einheitliche Erklärung, rechtlich betrachtet also überhaupt keine Erklärung, abgeben, und folglich gegen die Gesellschaft in contumaciam erkannt werden muß, dem Eintritte des Gesellschafters als Intervenienten die Wirkung beizulegen, die Kontumazfolgen abzuwenden. Wenngleich nämlich unter Umständen im Nichterscheinen des Beklagten bezw. in der Unterlassung des Bestreitens der Klage eine Dispositionshandlung erkannt werden kann, so kann doch dies dann unmöglich angenommen werden, wenn bei Kollektivvertretung die einzelnen Personen entgegengesetzte Erklärungen abgeben, weil dann keine Gesammterklärung abgegeben ist, eine solche aber allein in Betracht kommen könnte. Zur Intervention ist eine besondere, förmliche Erklärung nicht erforderlich. Ja es ist sogar nicht einmal erforderlich, daß der Erklärende sich der rechtlichen Bedeutung seiner Erklärung als Intervention deutlich bewußt ist. Beabsichtigt derselbe, durch seine Erklärung denjenigen Erfolg herbeizuführen, welchen das Recht durch Intervention zu erreichen gestattet, so ist die Erklärung als Intervention aufzufassen. R. V. (16.) 69—72.

Interpretation eines inkorrekt gefaßten Gesellschaftsvertrages. In einem Gesellschaftsvertrage ist unter anderem folgendes bestimmt: „Der Todesfall eines Socius hebt den Vertrag nicht auf, vielmehr sind die Erben ebenso berechtigt wie verpflichtet, den Vertrag auszuhalten. Wollen die Erben in Gemeinschaft bleiben, so haben sie aus der Zahl der Schwiegersöhne des Verstorbenen einen Vertreter zu bestellen, der zwar für ihre Rechnung, aber mit vollen Befugnissen und Pflichten, wie sie dem Verstorbenen zugestanden, an dessen Stelle tritt." Dieser Vertragsbestimmung gegenüber ist nur zu bemerken, daß es einen **Vertreter eines Gesellschafters** in betreff seiner Stellung **nach außen nicht** giebt, daß **aber** hiermit unter mehreren bestimmt bezeichneten Personen (z. B. Söhnen und Schwiegersöhnen) gar wohl eine einzelne Person, deren Qualification voraus-

gesetzt, als **Prokurist** der Gesellschaft präsentirt werden kann. Siehe hierüber bei Art. 114. 104 ad R. II. (10.) 30—35.

Art. 91.

Unter „**Einlage**" oder „**Vermögenseinlage**" ist nicht nur die in baarem Gelde, sondern auch die in anderen Gegenständen gemachte Einlage zu verstehen. R. II. (80.) 306. Art. 91.

Art. 92.

Unter „**Einlage**" oder „**Vermögenseinlage**" ist nicht nur die in baarem Gelde, sondern auch die in anderen Gegenständen gemachte Einlage zu verstehen. R. II. (80.) 306. Art. 92.

Art. 95.

Unter „**Einlage**" oder „**Vermögenseinlage**" ist nicht nur die in baarem Gelde, sondern auch die in anderen Gegenständen gemachte Einlage zu verstehen. R. II. (80.) 306. Art. 95.

Ein Gesellschafter, welcher sich Gesellschaftsvermögen rechtswidrig aneignet, handelt bei dieser Aneignung nicht als Vertreter der Gesellschaft, er kann sich zur Rechtfertigung seiner Entwendungen, die er zu seinem Nutzen verübt, nicht darauf berufen, daß er in Vertretung der Gesellschaft zu Verfügungen über das Gesellschaftsvermögen befugt sei. Das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft steht den Handelsgesellschaftern in ihrer Gesammtheit ungetrennt zu, es ist abgesondert von dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter. Dem praktischen Resultate nach ist das Verhältniß dasselbe wie bei der Aktiengesellschaft, deren Vermögen etwas anderes ist als das Vermögen der Aktionäre, wie das Vermögen jeder Korporation etwas anderes ist als das Vermögen der Korporationsmitglieder. Hier wie dort können die einzelnen Forderungen wie Schulden gegen das Gesammtvermögen haben, es können ihnen dingliche Rechte an Sachen zustehen, welche der Gesammtheit gehören, und für die Gesammtheit können solche Rechte an Sachen der einzelnen begründet sein. Diese Trennung hat auch nicht bloß eine formale Seite. Allerdings gehört der Gesellschaftsantheil zum Vermögen des einzelnen Gesellschafters, und wenn man den Werth der Gesellschaftsantheile sämmtlicher Gesellschafter zusammenrechnet, so ergiebt sich eine Summe, welche dem Werthe des Gesellschaftsvermögens nach Abzug der Schulden gleichsteht. Auch können die sämmtlichen Gesellschafter das, was bis dahin Gesellschaftseigenthum war, zu Eigenthum der einzelnen machen. Die Gesellschafter zusammen können dadurch, daß sie das, was Gesellschaftseigenthum ist, in den Privatnutzen aller Gesellschafter verwenden, keine Unterschlagung begehen. Für den einzelnen bleibt aber das Gesellschaftsvermögen in allen seinen Bestandtheilen gebunden, er kann dasselbe durch seine Verfügungen nur soweit als er die Gesellschaft vertritt, der Gesellschaft entfremden. Das Gesellschaftsvermögen soll während bestehender Gesellschaft dem Zwecke der Gesellschaft nutzbringend dienen. Der einzelne hat deßhalb nicht das Recht, wider Willen der anderen Gesellschafter während bestehender Gesellschaft die einzelnen gesellschaftlichen Sachen, auch nicht zu dem seinem Antheile am Gesellschaftsvermögen entsprechenden Theile, jenem Zwecke zu entziehen, um sie in seinem Nutzen zu verwenden. **Der Handelsgesellschafter kann sich also dadurch, daß er vorsätzlich und**

rechtswidrig über Sachen, welche der offenen Gesellschaft gehören, zu seinem Vortheile verfügt, sich dieselben rechtswidrig aneignet, eines Diebstahls oder einer Unterschlagung an den Sachen, und zwar zu ihrem vollen Werthe, schuldig machen; gerade so wie ein Aktionär Sachen der Aktiengesellschaft, ein Korporationsmitglied Sachen der Korporation stehlen oder unterschlagen kann. Die Strafbarkeit solcher Entwendung wird selbstverständlich nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Art. 95 H.-G.-B.'s den Gesellschafter, welcher unbefugt Gelder aus der Gesellschaftskasse entnimmt, zur Zahlung von Zinsen seit dem Tage der Herausnahme und zum Ersatze des etwa entstehenden größeren Schadens verpflichtet. Vielmehr ist in diesem Artikel ausdrücklich vorbehalten: Die übrigen rechtlichen Folgen der Handlung — und zu diesen gehören auch die strafrechtlichen — werden hierdurch nicht ausgeschlossen. R. f. Str. VII. (5.) 20. 21.

Art. 99.

Art. 99. **Eine registrirte Kollektivvertretung wird durch thatsächliche Ueberlassung eines Geschäftszweiges zu alleiniger Ausübung an einen Handelsgesellschafter außer Kraft gesetzt. — Der Dritte darf aus fortgesetzter unbeanstandeter Uebernahme der Ergebnisse seitens der Gesellschaft die Ueberlassung folgern.** Selbstverständlich können sich die Gesellschaft bezw. die Gesellschafter, auf die angeordnete Kollektivvertretung nicht berufen, wenn sie in Nichtachtung derselben den einzelnen Gesellschafter mit alleinigem Handeln betraut haben. In dieser Beziehung erscheint aber schon ein fortgesetztes wissentliches Geschehenlassen alleinigen Auftretens eines Gesellschafters innerhalb eines Geschäftskreises für die Gesellschaft von Belang sowohl als Beweis für eine wirklich geschehene ausdrückliche oder doch stillschweigende Uebertragung solcher Handlungsbefugniß, als auch, weil, selbst wenn solche in Wahrheit nicht gewollt wäre, doch schon die Erregung ihres Anscheines beim sorgfältig prüfenden Dritten die Verantwortung als Geschäftsherr diesem gegenüber begründen würde (vgl. l. 11 §. 4, Dig. de instit. act. 14, 3; Thöl, Handelsrecht, 5. Aufl., Bd. 1, S. 208). Allerdings wird die Art der Uebernahme der Ergebnisse des Handelns des einzelnen Gesellschafters seitens der Gesellschaft, aus welcher das wissentliche Geschehenlassen gefolgert werden soll, sorgfältiger richterlicher Prüfung unterzogen werden müssen. Die Kollektivvertretung wird sich in der Regel nicht derartig bethätigen, daß bei jedem Handeln alle Vertreter gleichzeitig auftreten. Stellt sich daher eine solche Uebernahme erkennbar als nachträgliches Auftreten der übrigen Gesellschafter zum Zwecke des Mitabschlusses des Geschäfts als eines von dem einen Gesellschafter nur vorbereiteten und ausdrücklich oder konkludent von dem nachträglichen Auftreten der Mitgesellschafter abhängig gemachten dar, so liegt Bethätigung der Kollektivvertretung, nicht Genehmigung ihrer Nichtbeachtung vor. Auch wenn dies nicht der Fall ist, kann allerdings die Uebernahme bezw. Anerkennung das Ergebniß einer Behandlung des Geschäftsabschlusses des einzelnen als Ueberschreitung seiner Befugnisse bezw. Geschäftsführung ohne Auftrag unter beschlossener Aneignung des Geschäfts wegen seiner Nützlichkeit sein. Ist dies aber fortgesetzt geschehen, ohne daß dem Drittkontrahenten dieser Grund der Anerkennung erkennbar gemacht, bezw. die Einlassung mit dem einzelnen Gesellschafter als Nichtbeachtung der angeordneten Kollektivvertretung markirt

worden ist, so haftet die Gesellschaft bei späteren Geschäften, auch wenn sie zu deren Aneignung keinen Nützlichkeitsgrund hat, weil sie durch ihr Verhalten den Eindruck einer Ermächtigung des einzelnen Gesellschafters zum Alleinhandeln erzeugt hat. Auch erscheint es nicht erforderlich, daß die Fälle früherer Anerkennung gerade rücksichtlich der Geschäfte desjenigen Drittkontrahenten stattgefunden haben müßten, der aus dem jetzigen Geschäft die Gesellschaft in Anspruch nehmen will. Es liegt in der Natur der Verkehrsverhältnisse, daß das geschäftliche Verhalten des Gewerbetreibenden, namentlich in Bezug auf das Vertretungsverhältniß, über den Kreis der in den konkreten Fällen unmittelbar Betheiligten hinausdringt und Wirkungen erzeugt. Dagegen ist das Erforderniß wiederholter Genehmigungsfälle in gleichmäßiger Betheiligung hier nicht zu entbehren, weil beim vereinzelten Falle, zumal ihm ein besonderes ertheiltes Mandat zu Grunde liegen könnte, der gedachte Eindruck sich noch nicht rechtfertigt. Endlich kann sich die Ermächtigungsertheilung an den einzelnen Gesellschafter daraus ergeben, daß auf Grund einer von der Gesellschaft getroffenen Einrichtung die Erfüllung der vom einzelnen Gesellschafter für die Gesellschaft abgeschlossenen Geschäfte aus Gesellschaftsmitteln erfolgte, ohne daß dazu überhaupt erst die Genehmigung der anderen Gesellschafter einzuholen war. Hier kann der Nachweis eines einzelnen Falles solchen Verfahrens schon ausreichen, wenn derselbe solche Einrichtung als getroffen klarstellt. R. V. (5.) 16—18.

Art. 104.

Ueber **Vertretung der offenen Handelsgesellschaft** im Allgemeinen siehe bei Art. 114. [Namentlich ad R. II. (10.) 32.] **Art. 104.**

Abs. 2. Vertretung durch Prokuristen und Vereinbarung der Gesellschaft über den Umfang und die Unwiderruflichkeit der Prokura. Der Prokurist einer Gesellschaft hat zwar die Befugniß, die Gesellschaft zu vertreten, nicht in gleichem Umfang wie ein Gesellschafter, allein seine Vertretungsrechte sind doch immerhin umfassende, jedenfalls die umfassendsten, welche jemand, der nicht Gesellschafter ist, überhaupt haben kann. Soweit es sich nun um das Rechtsverhältniß zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem handelt, verträgt sich zwar der Verzicht auf das Widerrufsrecht nicht, da durch dessen Zulassung der Machtgeber über die Dauer seines Vertrauens hinaus gebunden und seine naturgemäße Stellung zum Bevollmächtigten, als die eines Geschäftsherrn zu seinem Geschäftsführer, in die umgekehrte Stellung verwandelt werden würde, wohl aber in Bezug auf eine Vereinbarung zwischen Handelsgesellschaftern über die Bestellung bezw. Belassung eines Prokuristen in ihrem Geschäft. Der sowohl im Preußischen Landrecht, als im Handelsgesetzbuch anerkannte Grundsatz: „Die Vollmacht ist widerruflich", heißt so viel: Der Bevollmächtigte hat kein Recht auf Belassung der Vollmacht, und der Dritte, welcher nach Widerruf der Vollmacht mit dem früher Bevollmächtigten kontrahirt, kann daraus, daß die Vollmacht ursprünglich auf längere Zeit ertheilt war, kein Recht gegen den Vollmachtgeber herleiten. Die Bestimmung des Art. 118 H.-G.-B.'s geht dahin, daß, sobald einer der zur Vertretung der Gesellschaft befugten Gesellschafter die Prokura aufgehoben hat, Dritte durch spätere mit dem Prokuristen abgeschlossene Verträge nicht mehr in rechtliche Beziehung zur Gesellschaft treten. Das Recht der Gesellschafter, unter sich über die Bestellung und Belassung eines Prokuristen wirksame Vereinbarungen zu

treffen, wird durch diese Sätze nicht berührt. Artikel 104 Abs. 2 räumt allerdings dem einzelnen Gesellschafter auch im Verhältniß nach innen das Recht ein, die Prokura allein zu widerrufen; allein diese Bestimmung enthält, wie alle Bestimmungen des zweiten Abschnitts Titel 2 Buch II H.-G.-B.'s, nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 90 Abs. 2 einen lediglich subsidiarischen Rechtssatz. Die Gesellschafter können übereinkommen, daß der Widerruf der Prokura im Verhältniß der Gesellschafter zu einander nur bei Uebereinstimmung der Gesellschafter zulässig sei, oder daß nicht gegen den Willen des einen Gesellschafters die Prokura widerrufen werden dürfe, daß aber dieser immer berechtigt sei, den Widerruf zu verlangen 2c. Allerdings kann der einzelne von der Vertretung der Gesellschaft nicht ausgeschlossene Gesellschafter trotz dieses Uebereinkommens die Prokura jederzeit mit Wirksamkeit nach außen aufheben, allein er handelt, wenn er dies gegen den Willen des anderen Gesellschafters thut, vertragswidrig, und der andere Gesellschafter kann sein vertragsmäßiges Recht geltend machen. Er kann, wenn er selbst die Gesellschaft zu vertreten befugt ist, die Prokura von Neuem ertheilen, oder, wenn er von der Vertretung ausgeschlossen ist, aus dem vertragswidrigen Verhalten des anderen Gesellschafters möglicher Weise einen Grund zur Auflösung der Gesellschaft entnehmen, oder er kann einen Schadensanspruch geltend machen, oder endlich, er kann direkt auf Erfüllung der Vertragsbestimmung, d. h. auf Wiederbestellung des Prokuristen, klagen. Was aber von der Vereinbarung der Gesellschafter über die Bestellung einer bestimmten einzelnen Person als Prokurist gilt, muß ebenfalls von der Bestimmung gelten, daß der eine Gesellschafter befugt sein solle, in einem gewissen Falle unter mehreren bestimmt bezeichneten Personen (z. B. seinen Söhnen und Schwiegersöhnen) eine einzelne Person, deren Qualifikation vorausgesetzt, als Prokuristen der Gesellschaft zu präsentiren. R. II. (10.) 33—35. Siehe auch bei Art. 114 eodem.

Art. 108.

Art. 108. **Abs. 2. Entnimmt der Gesellschafter Gelder innerhalb der Schranken des Art. 108 Abs. 2, so ist er zur Rückzahlung derselben nicht verpflichtet.** Die entnommenen Beträge werden ihm zur Last geschrieben, aber es geschieht dies nur zum Zweck der Berechnung am Schluß des Geschäftsjahres. Das Gleiche gilt von denjenigen Beträgen, welche er nach einer von den Gesellschaftern getroffenen Uebereinkunft aus der Gesellschaftskasse entnehmen darf. **Es bildet** somit **nicht jeder Betrag, mit welchem ein Handelsgesellschafter in den Büchern der Gesellschaft belastet ist, den Gegenstand einer Forderung der Gesellschaft gegen ihn.** Siehe hierüber bei §. 119 ad R. III. (18.) 59. 60.

Dritter Abschnitt.

Von dem Rechtsverhältniß der Gesellschaft zu dritten Personen.

Art. 112.

Art. 112. **Klage des Gläubigers einer offenen Handelsgesellschaft aus einem die Gesellschaft verurtheilenden Erkenntnisse gegen einen Gesellschafter.** Die offene Handelsgesellschaft hat keine besondere Persönlichkeit. Subjekte

des Gesellschaftsvermögens sind die Handelsgesellschafter. Die Gesellschaftsfirma ist der Name, unter welchem die einzelnen Gesellschafter unter Bezugnahme auf das gesellschaftliche Verhältniß zusammengefaßt werden. Wird die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma verklagt, so werden die einzelnen Gesellschafter verklagt, und ist die Klage einem zur Vertretung der Gesellschaft berechtigten Gesellschafter behändigt, so ist die Rechtshängigkeit gegen alle aktuellen Gesellschafter begründet. Ein gegen die Gesellschaft ergangenes Erkenntniß ist mithin gegen alle einzelnen Gesellschafter und zwar gegen dieselben als Korrealschuldner ergangen. Hieraus folgt jedenfalls so viel, daß der einzelne Gesellschafter gegenüber dem dieses Erkenntniß gegen ihn geltend machenden Gesellschaftsgläubiger solche Einwendungen nicht mehr vorbringen kann, welche in dem gegen die Gesellschaft geführten Prozeß vorgeführt worden waren oder hätten vorgeschützt werden müssen. (Eine weitere Frage ist, auf welchem Wege der Gesellschaftsgläubiger das erstrittene Erkenntniß gegen den einzelnen Gesellschafter geltend machen kann, namentlich, ob er aus demselben sofort Exekution zu nehmen berechtigt ist, oder ob er ein solches Verfahren wählen muß, in welchem dem Gesellschafter die Möglichkeit gegeben wird, alle ihm möglicherweise aus seiner Person oder einem etwaigen zwischen ihm und dem Gesellschaftsgläubiger bestehenden besonderen Rechtsverhältniß zustehenden Einwände, welche im Prozeß gegen die Gesellschaft nicht vorgebracht werden konnten [aber freilich auch nur diese Einwendungen], geltend zu machen, ob der Gesellschaftsgläubiger also eine besondere Klage aus dem Erkenntniß anstellen muß. Hierüber siehe v. Hahn, Commentar zum H.-G.-B. Bd. I. 3. Auflage Art. 112 §§. 7. 9.) R. III. (17.) 57. 58. R. V. (13.) 55.

Auf Grund des gegen eine Handelsgesellschaft ergangenen Urtheils, welches für provisorisch vollstreckbar erklärt ist, kann, nachdem Berufung gegen dasselbe eingelegt worden, die Verurtheilung eines der Theilhaber nicht erwirkt werden. R. III. (92.) 338—340.

Art. 113.

Die Fortführung des Geschäftes unter unveränderter Beibehaltung der Firma begründet die Vermuthung, daß eine Fortsetzung der bestehenden Gesellschaft mit Uebernahme der vorhandenen Geschäftsschulden stattgefunden habe. Siehe hierüber bei Art. 23 ad R. II. (16.) 53. Art. 113.

Art. 114.

Abs. 1. Ueber die Frage, ob **das Versprechen einer lebenslänglichen Versorgung eines im Geschäfte einer Firma verunglückten Arbeiters** in den Bereich derjenigen Geschäfte gehört, welche ein Theilhaber gültig für die Societät einzugehen befugt ist, siehe R. II. (16.) 51. 52. Hier heißt es unter anderm: „Die Zusage der „lebenslänglichen Versorgung“ hat nur zum Theil den rechtlichen Charakter eines Liberalitätsaktes; insoweit durch deren Annahme und Erfüllung ein fortdauerndes unkündbares Engagementverhältniß zwischen Arbeitgeber und Arbeiter herbeigeführt wird, hat sie die Natur eines zweiseitigen, entgeltlichen Vertrages, einer Dienstmiethe. Zugleich steht sie aber auch in unmittelbarem Zusammenhange mit dem Gewerbebetriebe der Firma. Daraus folgt von selbst die Verbindlichkeit der Gesellschaft aus jenem Vertrage, und es ist unerheblich, ob die Mitinhaber der Fabrik von dem Abschlusse desselben Kenntniß erlangten oder nicht; Art. 114.

denn die Wissenschaft eines einzelnen Gesellschafters reicht hin, um die Societät zu verpflichten, wenn es bei einem rechtlichen Verhältnisse auf die Wissenschaft der Gesellschaft ankommt." R. II. (16.) 52.

Vertretungsfunctionen der Gesellschaft; Art der Vertretung der Gesellschaft und Unzulässigkeit der Vertretung eines einzelnen Gesellschafters. Eine Handelsgesellschaft hat begrifflich zweierlei Arten von Vertretern: geborene Vertreter, die Gesellschafter, und bestellte Vertreter, die Procuristen und sonstigen Bevollmächtigten. Der einzelne Gesellschafter ist, wenn nichts anderes vereinbart ist, befugt, Vertreter der Gesellschaft zu bestellen, er kann sich aber nicht selbst in Ausübung seines Rechtes als geborenen Gesellschafters vertreten lassen. Er kann keine Person dazu bestellen, daß diese an seiner Stelle, bez. in seinem Namen, die ihm als Gesellschafter zustehenden Vertretungsrechte ausübe. (Es bleibt hier unerörtert, ob und in welcher Weise ein Altersvormund oder sonstiger nothwendiger Vertreter der gesammten Persönlichkeit die Gesellschaftsrechte des Bevormundeten ausüben kann.) Es kann daher auch, was auf das Gleiche herauskommen würde, keine Vertheilung der Rechte und Pflichten eines Gesellschafters auf verschiedene Personen stattfinden. Der Begriff eines Vertreters des Handelsgesellschafters in Betreff seiner Stellung nach außen kennt das Recht nicht. Die Eintragung eines solchen in das Handelsregister ist nicht möglich. R. II. (10.) 32. Siehe hierüber auch bei Art. 104 Abs. 2 und 118 eodem.

Abs. 2. Solidarhaft der Theilhaber einer Handelsgesellschaft aus einer von einem Socius übernommenen Verbindlichkeit nach gemeinem deutschen Handelsrechte. Jeder Theilhaber einer solchen Societät verpflichtet danach durch seine Handlungsgeschäfte die Gesellschaft, sofern er nur: „im Namen der Societät unterzeichnete oder erweislich für solche traktirte" — und es erstreckt sich die Solidarhaft der Theilhaber für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht bloß auf eigentliche Handelsgesellschaften, sondern auch auf gemeinschaftlich betriebene Fabriken ohne Unterschied, ob die betreffende Firma „protokollirt" war oder nicht. (Verordnung für Kurhessen vom 21. Nov. 1788 §§. 1. 2. 3; Böhmer und Bapp, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Hessen, Bd. I. S. 295 ff., Heuser, Annalen, Bd. VI. S. 47 ff. Bd. X. S. 119; Platner im Archiv für praktische Rechtswissenschaft, N. F. Bd. I. S. 151 §. 1, S. 164 §. 3, B. II. S. 136 §. 12. — Vor der durch Gesetz vom 3. Mai 1865 erfolgten Einführung des Allgem. Handelsgesetzbuchs in Kurhessen waren die Rechtsverhältnisse der Handelsgesellschaften theils durch Verordnung vom 21. November 1788, theils durch Handelsgebrauch, sowie durch die auf beide Rechtsquellen sich stützende und an das gemeine deutsche Handelsrecht sich anschließende Praxis der Gerichte geregelt.) R. II. (16.) 51.

Art. 118.

Art. 118. Die Bestimmung des Art. 118 geht dahin, daß, sobald einer der zur Vertretung der Gesellschaft befugten Gesellschafter die Prokura aufgehoben hat, Dritte durch spätere mit dem Prokuristen abgeschlossene Verträge nicht mehr in rechtliche Beziehung zur Gesellschaft treten. **Das Recht der Gesellschafter, unter sich über die Bestellung und Belassung eines Prokuristen wirksame Vereinbarungen zu treffen,** wird hierdurch nicht berührt. Siehe hierüber bei Art. 104 Abs. 2, ad R. II. (10.) 33—35.

Art. 119.

Nicht jeder Betrag, mit welchem ein Handelsgesellschafter in den Büchern der Gesellschaft belastet ist, bildet den Gegenstand einer Forderung der Gesellschaft gegen ihn. Der einzelne Handelsgesellschafter kann Schuldner der Gesellschaft werden mit der Wirkung, daß er verpflichtet ist, den Betrag seiner Schuld in die Gesellschaftskasse zu zahlen, und diese Verpflichtung ist immer dann vorhanden, wenn er unbefugt Gelder aus der Gesellschaftskasse für sich entnommen hat. Dagegen entsteht ein derartiges Schuldverhältniß nicht nothwendig immer dann, wenn er befugter Weise Gelder aus der Gesellschaftskasse entnommen hat. Entnimmt er Gelder innerhalb der Schranken des Art. 108 Abs. 2, so ist er zur Rückzahlung derselben nicht verpflichtet. Die entnommenen Beträge werden ihm zwar zur Last geschrieben, aber es geschieht dies nur zum Zwecke der Berechnung am Schluß des Geschäftsjahres. Das Gleiche gilt von denjenigen Beträgen, welche er nach einer von den Gesellschaftern getroffenen Uebereinkunft aus der Gesellschaftskasse entnehmen darf, wenn z. B. jeder der Gesellschafter ein besonderes Konto für seine speciellen Ausgaben hat. Es ist hier jeder Gesellschafter berechtigt, gewisse zur Befriedigung seiner besonderen Bedürfnisse erforderliche Beträge zu entnehmen. Da diese Beträge ihm sodann in derselben Weise zur Last zu schreiben sind, wie jedem Dritten der Betrag einer der Gesellschaft gegen ihn zustehenden Forderung, so erscheint er zwar äußerlich als Gesellschaftsschuldner, allein er ist es, soweit er sich innerhalb seiner vertragsmäßigen Befugnisse gehalten, in Wahrheit nicht, er ist nicht verpflichtet, die ihm debitirten Beträge zurückzuzahlen; dieselben sind ihm vielmehr nur am Schlusse des Geschäftsjahres bei Feststellung seines Gesellschaftsantheiles in Anrechnung zu bringen. Eine Folge hiervon kann sein, daß wenn bei Auflösung der Gesellschaft Jemand sämmtliche Aktiva der Gesellschaft übernimmt, daraus keineswegs mit Nothwendigkeit folgt, daß er damit auch eine Forderung gegen einen als Schuldner vorgetragenen Gesellschaftsgläubiger auf diejenigen Beträge erworben hat, welche diesem auf seinem Spezialkonto debitirt sind. Es ist hier Sache des mit der Auslegung eines solchen Vertrages betrauten Richters, zu prüfen und festzustellen, was unter dem von den Kontrahenten gebrauchten Ausdruck: „Gesellschaftsaktiva" zu verstehen ist, ob nur die (wirklichen) Forderungen der Gesellschaft, deren Realisirung also der Gesellschaft selbst zugestanden hat, oder aber alle diejenigen Posten, welche der Gesellschaft in den Büchern kreditirt sind. R. III. (18.) 59. 60.

Art. 122.

Einfluß der Eröffnung des Konkurses über eine offene Handelsgesellschaft auf die Klagen der Gläubiger derselben gegen die Gesellschafter auf Befriedigung aus deren Privatvermögen. Art. 122. Nach den Bestimmungen des H.-G.-B.'s haftet bei der offenen Handelsgesellschaft für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht bloß das Gesellschaftsvermögen, sondern es haften für dieselben die Gesellschafter solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen (Art. 112); es liegt gerade in dieser unbeschränkten Haftbarkeit der Gesellschafter das charakteristische Merkmal der offenen Handelsgesellschaft (Art. 85). So lange über die Gesellschaft nicht Konkurs

eröffnet wird, hat diese Haftbarkeit der Gesellschafter nicht einen subsidiären Charakter in der Art, daß der Gesellschafter den Gläubiger, welcher ihn wegen einer Forderung gegen die Gesellschaft in Anspruch nimmt, zunächst an das Gesellschaftsvermögen verweisen könnte; der Gläubiger hat vielmehr die freie Wahl, ob er seine Forderung gegen die Gesellschaft oder gegen einen oder gegen alle Gesellschafter geltend machen will, keinem derselben steht die Einrede der Theilung oder der Vorausklage zu (Art. 281). Die Schuld der Gesellschaft ist die Schuld jedes Gesellschafters. Diese Rechtslage, die Befugniß des Gesellschaftsgläubigers sowohl, wie die Verpflichtung der einzelnen Gesellschafter, wird aber wesentlich geändert, **wenn über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet wird.** In diesem Falle **ist das in Art. 112 aufgestellte Prinzip der solidarischen Haft der Gesellschafter durchbrochen. Es ist den Gläubigern der Gesellschaft in Art. 122 ein Absonderungsrecht an dem Gesellschaftsvermögen gewährt, sie können aber die einzelnen Gesellschafter nicht mehr ohne weiteres auf Zahlung der ganzen Gesellschaftsschuld in Anspruch nehmen, sondern aus deren Privatvermögen** (im Gegensatz zum Gesellschaftsvermögen) **nur wegen des Ausfalles Befriedigung suchen.** Es verwandelt sich, ohne Aenderung des Rechtsgrundes, kraft des Gesetzes mit der Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft die Verpflichtung der einzelnen Gesellschafter in eine subsidiäre. Die Gläubiger der Gesellschaft sind behufs ihrer Befriedigung zunächst auf das Gesellschaftsvermögen verwiesen und können aus dem Privatvermögen der Gesellschafter erst dann Befriedigung verlangen, wenn festgestellt ist, daß das Gesellschaftsvermögen zu ihrer Befriedigung nicht ausreicht, und nur zu dem Betrage, zu welchem ihre Forderung ungedeckt geblieben ist. Diese gesetzlichen Voraussetzungen der Geltendmachung des Anspruches gegen die Gesellschafter können aber erst gegeben sein, nachdem der Gesellschaftskonkurs beendet ist; **es kann die Klage gegen den Gesellschafter auf Grund des Art. 122 a. a. O. erst nach Beendigung des Konkurses der Gesellschaft angestellt werden,** weil erst dann der Ausfall, für welchen allein der Gesellschafter mit seinem Privatvermögen haftet, berechnet und festgestellt werden kann. Der Gläubiger braucht sich zwar bei dem Gesellschaftskonkurse nicht zu betheiligen. Allein er kann auch in diesem Falle vor Beendigung des Konkurses gegen den einzelnen Gesellschafter auf Befriedigung aus seinem Privatvermögen nicht klagen. Denn **da der Gläubiger nach Art. 122 nur einen Anspruch auf Befriedigung wegen des Ausfalles im Konkurse der Gesellschaft hat, so verliert er durch Nichtbetheiligung am Gesellschaftskonkurse seinen Anspruch auf den Theil der Forderung, wegen welchem er nach dem Ergebniß des Konkurses Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen hätte erhalten können.** Auch in diesem Fall kann daher der nur subsidiarisch für den Ausfall haftende Gesellschafter nicht eher in Anspruch genommen werden, bis feststeht, daß und in welchem Betrage ein Ausfall im Gesellschaftskonkurse für den Gläubiger eingetreten sein würde. Der über die offene Handelsgesellschaft eröffnete Konkurs hemmt die Anstellung einer Klage gegen die einzelnen Gesellschafter allerdings nicht deßwegen, weil dieselben in ihrer vollen Dispositionsfähigkeit beschränkt wären, sondern der Grund für die Annahme, daß der Gesellschaftsgläubiger vor Beendigung des Konkurses auf Befriedigung aus dem Privatvermögen des Gesellschafters gegen diesen nicht klagen kann, liegt darin, daß der Anspruch des Gläubigers zu einem

subsidiarischen geworden ist. Das Rechtsverhältniß des Gesellschaftsgläubigers zu dem einzelnen Gesellschafter, wie es in Art. 122 a. a. O. geregelt worden, ist nicht so aufzufassen, daß der Gläubiger auf Grund der aus Art. 112 sich ergebenden Haftbarkeit des Gesellschafters auch nach Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft die ganze Forderung gegen jeden Gesellschafter einzuklagen berechtigt und nur insofern beschränkt sei, als er die Exekution nur auf den im Konkurse der Gesellschaft festgestellten Ausfall seiner Forderung vollstrecken lassen könne, sondern die Feststellung, daß und welchen Ausfall der Gläubiger im Konkurse der Gesellschaft erlitten hat, bezw. erlitten haben würde, falls er seine Forderung im Konkurse geltend gemacht hätte, bildet nach dem Gesetze eine wesentliche Voraussetzung der Klage. Diese aus dem Wortlaute des Art. 122 sich ergebende Auslegung desselben findet auch in dessen Entstehungsgeschichte Bestätigung. Die dem Gesellschaftsgläubiger nach Art. 122 a. a. O. zustehende Forderung gegen den einzelnen Gesellschafter auf Befriedigung aus seinem Privatvermögen ist zwar insofern eine bedingte, als sie nur geltend gemacht werden kann, wenn der Gläubiger in dem Gesellschaftskonkurse einen Ausfall erlitten hat, sie ist aber nicht in dem Sinne eine suspensiv bedingte, daß sie erst existent würde und die Klage erst entstände mit dem Eintritt der Nichtbefriedigung des Gläubigers im Gesellschaftskonkurse. Die Folge der Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft ist nach Art. 122 nicht die, daß der Rechtsgrund der Forderungen der Gläubiger geändert, der ursprüngliche, gegen die Gesellschafter ihnen zustehende Anspruch ihnen genommen und dafür ein Anspruch auf den Ausfall im Konkurse gegeben würde, sondern der den Gläubigern vor Eröffnung des Konkurses gegen die Gesellschafter zustehende Anspruch bleibt bestehen, er wird nur in seinem Gegenstande beschränkt auf den im Gesellschaftskonkurse sich ergebenden Ausfall und es wird durch die Verwandlung der prinzipalen Haftbarkeit des Gesellschafters in eine subsidiäre seine Geltendmachung suspendirt. **Es entsteht nicht erst mit der Feststellung des Ausfalls eine neue Klage, deren Verjährung erst mit diesem Zeitpunkte beginnt, sondern die Verjährung der dem Gläubiger schon vor Eröffnung des Konkurses zustehenden Klage ruht während der Dauer des Geschäftskonkurses,** weil während desselben der Gläubiger in Gemäßheit der Vorschrift des Art. 122 a. a. O. außer Stande ist, den ihm gegen den Gesellschafter zustehenden Anspruch gerichtlich geltend zu machen, und daher nach der Regel, agere non valenti non currit praescriptio, wegen des der Rechtsverfolgung entgegenstehenden rechtlichen Hindernisses der bereits begonnene Lauf der Verjährung gehemmt wird. R. V. (13.) 51—57. [Siehe noch bei Art. 112, ad R. III. (17.) 57 R. V. (13.) 55.]

Im Einklange mit den Bestimmungen der Art. 119. 122 H.-G.-B., nach welchen das Gesellschaftsvermögen ausschließlich zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienen soll, diese im Konkurse der Gesellschaft aus dem Gesellschaftsvermögen abgesondert befriedigt werden sollen und aus den Privatvermögen der Gesellschafter nur wegen ihres Ausfalles Befriedigung suchen dürfen, stehen die Bestimmungen der §§. 287. 288 der preuß. K.-Ord. vom 8. Mai 1855. Ueber das Gesellschaftsvermögen wird ein selbständiger Konkurs eröffnet, an welchem nur die Gesellschaftsgläubiger theilzunehmen berechtigt sind. Dagegen können diese in den gleichzeitig zu eröffnenden Konkursen über die Privatvermögen der Gesellschafter nur wegen des Ausfalles im Konkurse über das Gesellschaftsvermögen als Gläubiger auftreten.

Durch Geltendmachung eines Pfandes an einem Gegenstande des Privatvermögens eines Gesellschafters wird dem Gesellschaftsvermögen und somit den anderen Gesellschaftsgläubigern in Bezug auf ihre Rechte auf dieses Vermögen nichts entzogen. Von einer Absonderung in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen ist daher nicht die Rede. Demnach ist ein Gläubiger (Pfandgläubiger) gegen das Gesellschaftsvermögen die Forderung in voller Höhe ohne Rücksicht auf das Ergebniß der Pfandrealisirung, bis er volle Befriedigung wegen seiner Forderung erlangt, zu liquidiren befugt, und wenn seine Forderung durch einen Akkord über das Gesellschaftsvermögen, durch welchen die Gesellschafter dieses wieder zu ihrer Verfügung erhielten, auf gewisse Prozente herabgesetzt wird, so **haftet derjenige Gesellschafter, aus dessen Privatvermögen das Pfand bestellt ist, auch mit seinem Privatvermögen für die Akkorddividende vom ganzen Schuldbetrage.** Die Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens gegenüber den Privatvermögen der Gesellschafter bewirkt, daß in vielen Beziehungen die Person desselben Gesellschafters verschieden beurtheilt werden muß, je nachdem sie in Beziehung auf das Gesellschaftsverhältniß oder ohne solche in Betracht kommt. Es könnte nun allerdings die Frage entstehen, ob nicht etwa, weil in dem Konkurse über das Privatvermögen des Gesellschafters, der für eine Handelsgesellschaftsschuld aus seinem Privatvermögen ein Pfand bestellt hat, nur der Pfandausfall der Ausfallsforderung hätte liquidirt werden können, in Bezug auf die nunmehrige Verpflichtung desselben zwischen seiner Haftung mit seinem Antheile am Gesellschaftsvermögen und der Haftung mit seinem Privatvermögen zu scheiden wäre. Allein diese Frage ist zu verneinen. Wenn durch einen Akkord über das Gesellschaftsvermögen die sekundär eingetretenen Konkurse über die Privatvermögen ihre Erledigung gefunden haben, kann von einer verschiedenen Gestaltung derselben Forderung, je nachdem sie sich auf das Gesellschaftsvermögen oder auf das Privatvermögen bezieht, nicht die Rede mehr sein. So wie die Forderung sich durch den Akkord über das Gesellschaftsvermögen gestaltet, so besteht sie einheitlich gegenüber beiden Vermögen. So wenig ein solcher Akkord etwa die Forderung in Bezug auf das Privatvermögen ungekürzt läßt, so wenig wird sie für das Privatvermögen noch durch für dieses eventuell anzuwendende Konkursprinzipien besonders verändert, jedenfalls dann nicht, wenn der Konkurs über das Privatvermögen lediglich als Folge des Gesellschaftskonkurses eingetreten und infolge der Aufhebung dieses aufgehoben worden ist. Für die durch den Akkord über das Gesellschaftsvermögen gekürzte Forderung des Gesellschaftsgläubigers tritt der Grundsatz des Art. 112 H.-G.-B. ein. R. VII. (30.) 91. 92.

Art. 128.

Art. 128. **Die Vorschrift des Art. 128 H.-G.-B.'s, daß, wenn die Auflösung einer Handelsgesellschaft aus Gründen, welche in der Person eines Gesellschafters liegen (Art. 125), gefordert werden darf, statt dessen auf Ausschließung dieses Gesellschafters erkannt werden kann, sofern die sämmtlichen übrigen Gesellschafter es beantragen, findet in dem Falle keine Anwendung, wenn eine Handelsgesellschaft nur aus zwei Theilhabern besteht.** Schon die Ueberschrift des IV. Abschnittes des II. Buches des Handelsgesetzbuches unterscheidet die Auflösung der Gesellschaft und das Austreten einzelner Gesellschafter aus derselben, welches in den Fällen der

Art. 127. 128 und 132 H.-G.-B.'s stattfindet. Wenn die Gesellschaft aufgelöst wird (Art. 123—126 H.-G.-B.'s), tritt die Liquidation und Auseinandersetzung derselben nach den Vorschriften der Art. 133 fg. H.-G.B.-'s ein, während der ausgeschiedene oder ausgeschlossene Gesellschafter zufolge Art. 130. 131 seinen Antheil nur in einer entsprechenden Geldsumme erhält, und die Gesellschaft mit ihren Rechten und Verbindlichkeiten fortbesteht (Art. 127 H.-G.-B.'s). In den Motiven des preußischen Entwurfes wird S. 64 ausgeführt, daß die offene Handelsgesellschaft, welche mit besonderer Rücksicht auf die Individualität der einzelnen Theilnehmer zu Stande kommt, mit dem Wegfalle auch nur eines derselben rücksichtlich aller Gesellschafter aufgehoben wird. Es kann hiernach die Auflösung der Gesellschaft grundsätzlich nur eine totale sein, und widerspricht eine partielle, auf einzelne Gesellschafter sich beschränkende Auflösung dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft. — Der Entwurf stellt daher in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem gemeinen und französischen Rechte als Regel die totale Auflösung hin, und gestattet eine Ausnahme hiervon nur in den Fällen der Art. 122. 123 des Entwurfes (Art. 127. 128 H.-G.-B.'s). Die Motive heben sodann zu Art. 123 (S. 68) wiederholt hervor, daß derselbe eine Ausnahme von der Regel, daß eine partielle Auflösung der Gesellschaft unzulässig sei, bilde, und wird diese Ausnahme damit begründet, daß es im Falle desselben, wenn die sämmtlichen übrigen Gesellschafter in dem bisherigen Verhältnisse bleiben wollen, eine unberechtigte Härte sein würde, sie unbedingt zu nöthigen, mit Unterbrechung der Geschäfte, Kosten und Weitläufigkeiten eine Liquidation der Gesellschaft vorzunehmen und einen neuen Gesellschaftsvertrag unter sich zu schließen. Diesen Bestimmungen des Entwurfes und ihren Motiven gegenüber wurde bei der ersten Lesung ein Zusatzartikel 126 beantragt und angenommen, nach welchem die Vorschriften der Art. 122—127 (jetzt 127—131) auch dann Anwendung finden sollen, wenn die Gesellschaft nur aus zwei Personen bestanden hat, oder falls ihrer mehrere waren, das Geschäft nur von einem Gesellschafter fortgesetzt wird. (Protokolle S. 249.) Bei der zweiten Lesung wurde aber dieser Artikel, gegen den man namentlich erinnerte, daß in einem Falle jener Art von einer Anwendbarkeit der Art. 122. 123 a. a. O. auf eine fortzusetzende Gesellschaft nicht die Rede sein könne, und wenn man die Fortsetzung des Geschäftes unter ihrer Firma und eine analoge Anwendung der vorerwähnten Artikel im Auge habe, somit dem einzigen übrigbleibenden Gesellschafter dieselben Rechte einräumen wolle, wie sie den die Gesellschaft fortsetzenden Gesellschaftern durch jene Artikel eingeräumt worden, eine solche Bestimmung weit über das bisherige Gewohnheitsrecht hinausgehe, zu einer weiteren Ausdehnung dieser zu Gunsten der Associationen entstandenen singulären Rechte aber kein Grund vorhanden sei, wieder gestrichen (Protokolle S. 1009 bis 1011), und demnächst das sächsische Monitum Nr. 152, welches eine jenen Artikel im wesentlichen reproduzirende Bestimmung dahin beantragte, daß die in Frage stehenden Vorschriften auch in dem Falle analoge Anwendung finden sollen, wenn nach dem Ausscheiden oder der Ausschließung eines oder mehrerer Gesellschafter die Handelsniederlassung der Gesellschaft von einem der früheren Gesellschafter fortgesetzt wird, von der Berathung ausgeschlossen (Protokolle Bd. 9 S. 92 und 93 der Beilagen). Nach alle diesem ist nicht anzunehmen, daß Art. 128 H.-G.-B.'s, der ausdrücklich voraussetzt, daß die „sämmtlichen übrigen Gesellschafter" die Ausschließung

des Socius beantragen, „im Gegensatze zu Art. 127“, welcher das Fortbestehen der Gesellschaft unter den verbleibenden Gesellschaftern im Auge hat, auch den Fall unmittelbar beherrsche, wo beim Vorhandensein von nur zwei Gesellschaftern durch die Ausschließung des einen die Gesellschaft ihr Ende erreicht. (Auch eine analoge Anwendung des Art. 128 H.-G.-B.'s auf den vorliegenden Fall ist ausgeschlossen XI. (52) 160.) R. VII. (39.) 121—125.

Vierter Abschnitt.

Von der Auflösung der Gesellschaft und dem Austreten einzelner Gesellschafter aus derselben.

Art. 129.

Art. 129. **Ein Gläubiger, welcher einer offenen Handelsgesellschaft einen revolvirenden Kredit gewährt, kann ausgeschiedene Gesellschafter für die nach ihrem, dem Gläubiger bekannten Ausscheiden von der Handelsgesellschaft eingegangenen, dem Kreditverhältniß unterfallenden Verbindlichkeiten nicht haftbar machen.** Wenn auch das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Handelsgesellschaft zeitig zum Handelsregister angemeldet werden muß, so können doch aus dem Umstande, daß die Ausscheidung früher in das Handelsregister nicht eingetragen und öffentlich bekannt gemacht ist, von dem Gläubiger, welchem die relevirenden Thatsachen bekannt geworden sind, in Beziehung auf solche Forderungen, welche ihm gegen die Handelsgesellschaft zu einer Zeit erwuchsen, zu welcher ihm diese Thatsachen bekannt waren, nach der klaren Bestimmung des Art. 129 keine Rechte hergeleitet werden. Hat auch zwischen dem Gläubiger und der Handelsgesellschaft ein Kontokorrentverhältniß bestanden, so werden hierdurch weder die über dieses noch die über das Verhältniß eines laufenden Kredits bestehenden Rechtsgrundsätze verletzt. Die Haftung des Bürgen für eine Kontokorrentschuld findet hier keine analoge Anwendung. Hat Jemand, nachdem er erfahren hatte, daß Gesellschafter aus der Handelsgesellschaft ausgeschieden sind und daß die letztere nur mehr aus den zurückgebliebenen bestehe, der Handelsgesellschaft weiteren Kredit gewährt, so kann er die Ansprüche aus diesem Kredit nur der neuen, aus den verbliebenen Gesellschaftern bestehenden Handelsgesellschaft in Rechnung stellen, für denselben aber nicht die ausgeschiedenen Gesellschafter in Anspruch nehmen, welche, wie er weiß, Mitglieder der Handelsgesellschaft zu jener Zeit nicht waren. Erscheint nun auch das Kontokorrent der Handelsgesellschaft äußerlich als ein einheitliches, so steht doch kein Hinderniß im Wege, dasselbe bezüglich der Frage, wie weit nach den bestehenden Thatsachen die ausgeschiedenen Gesellschafter für die in diesem Kontokorrent aufgeführten Geschäfte haften, in seine einzelnen Posten aufzulösen, diejenigen Posten, für welche die ausgeschiedenen Gesellschafter entschieden nicht haften, auszusondern und die Deckungen, welche speziell für solche Posten eingesandt sind, bei denen eine Haftung der ausgeschiedenen Gesellschafter in Frage kommen könnte, zur Ausgleichung dieser Posten im Kontokorrent zu belassen. Zur Gewährung der Deckung verpflichtet aber

nicht das Kreditverhältniß für sich, sondern die Thatsache, daß in Gemäßheit des eingeleiteten Kreditverhältnisses der versprochene Kredit gewährt worden ist. Nun bleibt allerdings ein Pfandrecht, welches für einen in bestimmter Höhe gewährten laufenden Kredit bestellt worden ist, so lange bestehen, als das Kreditverhältniß fortdauert; und der Umfang der Haftung des Pfandes bestimmt sich ebenso wie der Umfang der Haftung aus einer für einen laufenden Kredit eingegangenen Bürgschaft nach der jeweiligen Höhe des Guthabens aus dem Kreditverhältniß. Allein das ist eine Folge, welche sich aus dem Inhalt der Pfandbestellung oder des Bürgschaftsvertrages ergiebt. Die Haftung ist hier in allgemeiner Weise für die Schuld versprochen, welche sich jeweilig durch das laufende Kreditverhältniß bestimmt, ohne daß eine Aenderung in den konkreten Schuldverhältnissen die Haftung des Bürgen oder des Pfandes anders als bezüglich der ziffermäßigen Höhe der Schuld berühren soll. Dagegen kommen für die Begründung der Schuldverhältnisse derjenigen Personen, welche in dem laufenden Kreditverhältnisse stehen, die jeweiligen Kontraktsabschlüsse, die Tratten, Accepte, Darlehen oder sonstigen Verträge in Betracht. Das allgemeine Versprechen, auf welches der laufende Kredit zurückzuführen ist, begründet nur das Recht und die Verpflichtung, die das jeweilige Schuldverhältniß begründende Kreditgewährung in der zugesagten Höhe zu leisten. R. IV. (23.) 81—86.

Fünfter Abschnitt.

Von der Liquidation der Gesellschaft.

Art. 133.

Diese und die folgenden Artikel finden auf das Geschäft eines Einzelkaufmannes keine Anwendung. Siehe R. I. (95.) 265. Art. 133.

Art. 137.

Es ist als ein für die in Liquidation getretene offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft oder Aktiengesellschaft und resp. für deren Mitglieder rechtsverbindliches, zur Beendigung eines schwebenden Geschäftes eingegangenes neues Geschäft anzusehen, **wenn der Liquidator der Gesellschaft nach Leistung einer Abschlagszahlung auf eine vor Auflösung der Gesellschaft kontrahirte Wechselschuld über den nicht bezahlten Restbetrag derselben dem bisherigen Wechselgläubiger einen neuen Wechsel ausstellt.** Eine Theilzahlung kann gemäß Art. 39 der Wechselordnung auf dem ursprünglichen Wechsel, welcher dann für den Restbetrag in Kraft bleibt, einfach abgeschrieben werden. Eine solche Abschreibung ist aber, weil die Leichtigkeit und Beweglichkeit des Wechselverkehrs dadurch beeinträchtigt wird, unter Kaufleuten nicht üblich; es wird vorgezogen, das Geschäft in die Form der Ausstellung eines neuen Wechsels über den Restbetrag einzukleiden; aber sachlich bilden die Tilgung eines Theiles der Wechselschuld und die Ausstellung eines neuen Wechsels über den Restbetrag ein zusammengehöriges und bezüglich der vorliegenden Streitfrage gleich zu beurtheilendes Ganzes, ein Abwickelungsgeschäft im Sinne des Art. 137. Wenn der Liquidator z. B. zum Zwecke der Tilgung einer Wechselschuld einen Theil aus seinem Baarbestande, den Rest von einem Dritten als Darlehen entnimmt, und in

der unter Kaufleuten üblichen Weise dem Darleiher über den entliehenen Betrag einen Wechsel giebt, so wird, wenn die Verwendung des Darlehens zur Tilgung der Wechselschuld festgestellt ist, kein Zweifel darüber aufkommen können, daß die Ausstellung des Wechsels für den Dritten als ein Abwickelungsgeschäft anzusehen ist. Es ist nicht abzusehen, warum eine andere Beurtheilung eintreten müßte, wenn der Liquidator, statt die Summe von einem Dritten gegen Wechsel zu entleihen, über den nicht durch Baarzahlung getilgten Theil der Wechselschuld dem bisherigen Wechselgläubiger einen neuen Wechsel giebt. Diese Operation ist noch viel einfacher, als die zuerst gedachte, und es liegt der Zusammenhang zwischen dem alten und neuen Geschäfte so auf der Hand, daß es eines Beweises des Zusammenhanges beider Geschäfte nicht bedarf. Wenn die Baarzahlung eines Theiles der Wechselschuld und die Ausstellung eines neuen Wechsels über den Rest der ursprünglichen Wechselsumme zeitlich zusammenfallen, so wird ohne weiteres die Ausstellung des neuen Wechsels als ein Abwickelungsgeschäft behandelt werden dürfen, so lange nicht der Liquidator oder die in Anspruch genommenen Mitglieder der Gesellschaft Umstände darlegen und nachweisen, welche den Zusammenhang zwischen dem alten und dem neuen Geschäfte ausschließen. R. IV. (17.) 61—66.

Der Liquidator einer Handelsgesellschaft kann einen von ihm in eigenem Namen auf die Handelsgesellschaft gezogenen Wechsel in seiner Eigenschaft als Liquidator wirksam acceptiren. Die Möglichkeit, daß Jemand in eigenem Namen mit sich selbst als Vertreter eines Anderen einen Vertrag schließe, ist von dem Reichsgerichte (Entsch. in Civils. Bd. 6 Nr. 3 S. 11) bereits anerkannt worden. Die Legitimation des Liquidators zu Annahmeerklärung seitens der Handelsgesellschaft kann wegen kollidirenden persönlichen Interesses desselben nicht verneint werden. Denn wenn man auch unterstellt, daß bei Acceptation des Wechsels eine Collision der Interessen obgewaltet habe, so ergiebt sich doch hieraus nur die Verpflichtung des Liquidators gegenüber der Gesellschaft, sich der Annahmeerklärung zu enthalten, dagegen hat diese Verpflichtung und die daraus sich ergebende Beschränkung der Befugniß, die Handelsgesellschaft zu vertreten, nach Art. 138. 244 Abs. 2 H.-G.-B.'s keine rechtliche Wirkung gegen dritte Personen, zu welchen [VI. (27.) 140 ff.] auch der Liquidator gehört, soweit er nicht als Vertreter der Gesellschaft, sondern als Gegenkontrahent in Betracht kommt. R. VII. (38.) 119. 120.

Die Verpflichtung des Theilhabers einer offenen Handelsgesellschaft zur Leistung der von ihm vertragsmäßig in die Gesellschaftskasse zu machenden Einlagen wird durch den Eintritt der Liquidation der Gesellschaft nicht berührt (und zwar selbst dann nicht, wenn diese Einlagen erst während der Liquidation fällig werden), weil die Einlagen der Gesellschafter nicht bloß zu produktiven Zwecken bestimmt sind (das Betriebskapital der Gesellschaft bilden sollen), sondern zugleich auch die Bestimmung haben, zur Tilgung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu dienen, weßhalb denn auch die Liquidatoren der Gesellschaft zur Einziehung der Einlagen von den Gesellschaftern berechtigt sind. Auch darf eine stillschweigende Bedingung, die Einlagen sollten nur zu produktiven Zwecken dienen, nicht als von den Gesellschaftern gewollt angenommen werden, es muß eine solche Beschränkung der Verpflichtung des Gesellschafters vielmehr aus dem Gesellschaftsvertrage oder aus dem der Verpflichtung zum Grunde liegenden späteren Ueberein-

kommen der Gesellschafter deutlich erkennbar sein, um Berücksichtigung finden zu können. Handelt es sich aber um ein **Versprechen eines Dritten, zu Gunsten eines der Theilhaber der Gesellschaft ein „verantwortliches" Capital in die Gesellschaftskasse einzuschießen,** und ist hierunter zu verstehen, daß durch einen solchen Einschuß nicht für die Gesellschaft als solche eine Verpflichtung dem Dritten gegenüber entstehen soll, sondern letzterer das Geld dem betreffenden Socius auf Grund irgend eines mit diesem eingegangenen Rechtsgeschäftes geben will, damit dieser es in die Gesellschaftskasse einlege, so ist allerdings **der Liquidator der Gesellschaft auch zur Einziehung solcher Einschüsse Dritter,** außerhalb der Gesellschft stehender Personen an sich **für legitimirt zu erachten,** nicht aber ist auch der Wille des Dritten bei einem solchen Versprechen in allen Fällen dahin aufzufassen, daß er sich zu dem Einschusse ohne Rücksicht darauf verpflichten wolle, ob die Gesellschaft noch fortbestehen oder bereits in Liquidation getreten sein werde. Vielmehr wird hier aus den begleitenden Umständen des konkreten Falles zu prüfen und entscheiden sein, ob nicht etwa der Versprechende, sowie die sein Versprechen acceptirende Gesellschaft von der Voraussetzung ausgegangen sind, daß zur Zeit der Erfüllung des Versprechens der Betrieb der Gesellschaft noch fortdaure, ob mithin der Anspruch der Gesellschaft auf Erfüllung des Versprechens an die Fortdauer des Weiterbetriebes ihrer Geschäfte geknüpft war und daher in Wegfall kommen soll, sobald durch den Eintritt der Liquidation die Bestimmung des Einschusses, als Betriebskapital zu dienen, unmöglich geworden ist. R. IV. (18.) 66--69. [Siehe auch XXV. (38.) 158 ff.]

Abs. 2. Bei Liquidation einer Actiengesellschaft dürfen die Liquidatoren **unbewegliche Sachen anders als durch öffentliche Versteigerung** auf Grund eines einfachen Mehrheitsbeschlusses der Generalversammlung **veräußern.** Siehe hierüber bei Art. 244 ad R. III. (16.) 54—57.

Art. 141.

Die Grundsätze der bei der offenen Handelsgesellschaft behandelten Liquidation sind nur insoweit anzuwenden, als sich nicht aus den besonderen Bestimmungen bei der Liquidation der Actiengesellschaft und deren Wesen ein Anderes ergiebt. Siehe hierüber bei Art. 245 Abs. 4, ad R. VII. (34.) 108. Art. 141.

Sechster Abschnitt.

Von der Verjährung der Klagen gegen die Gesellschafter.

Art. 146.

In Fällen, wo während des Laufes der fünfjährigen Verjährungsfrist des Art. 146 die Gesellschaft sich auflöst, wird die Verjährung dem ausgeschiedenen Gesellschafter gegenüber durch Rechtshandlungen gegen die Liquidatoren der aufgelösten Gesellschaft nicht unterbrochen. Nach der Auflösung gelten dieselben Prinzipien, wie vorher. Siehe hierüber bei Art. 148 ad R. VI. (8.) 36. Art. 146.

Der Anspruch des ausgeschriebenen Gesellschafters gegen die von den übrigen Gesellschaftern fortgesetzte Gesellschaft auf Auszahlung des

Werthes seines Gesellschaftsantheiles unterliegt bei Verfolgung gegen das Privatvermögen der übrigen Gesellschafter der Verjährung des Art. 146 H.=G.=B.'s Die Ansprüche des einen Gesellschafters an den anderen aus der Gemeinschaft, sei es auf Theilung des Gesellschaftsvermögens oder auf Ersatz des von dem einen zur Zahlung einer Gesellschaftsschuld aufgewendeten oder des von dem anderen aus dem Gesellschaftsvermögen an sich genommenen Betrages, unterliegen allerdings nicht der Verjährung aus Art. 146 H.=G.=B.'s Es sind dies Ansprüche, bei welchen der in Anspruch Genommene wie der Beanspruchende lediglich nach ihrem internen Antheilsverhältnisse in Betracht kommen, der in Anspruch Genommene nur nach Maßgabe dieses Verhältnisses haften, der Beanspruchende seine gleiche Beitragspflicht nicht ignoriren kann. Auf solche Ansprüche, speziell auf reine Ausgleichungsansprüche, bezieht sich die Bemerkung in den Protokollen der Nürnberger Kommission S. 261 und die Entsch. d. R.=O.=H.=G.'s, Bd. 8, S. 247. Aber im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters und Fortsetzung der Gesellschaft seitens der verbleibenden Gesellschafter ist das Verhältniß nach den gesetzlichen Bestimmungen der Art. 127. 130. 131 H.=G.=B.'s aufzufassen als Aufgabe des Mitrechtes an dem Gesellschaftsvermögen seitens des Ausscheidenden zu Gunsten der anderen Gesellschafter gegen Uebernahme der Verpflichtung zur Zahlung der dem Werthe seines Gesellschaftsantheiles entsprechenden Summe nicht seitens der Einzelpersonen der anderen bisherigen Gesellschafter, sondern seitens der von diesen fortgesetzten, hinsichtlich des ausgeschiedenen neuen, Gesellschaft. Die fortgesetzte Gesellschaft ist es, welche sich nach Art. 130 mit dem ausgeschiedenen Gesellschafter auseinanderzusetzen, ihm Gemeinschaft an den noch fortlaufenden alten Geschäften zu gewähren, ihn vor Inanspruchnahme aus den von ihr zur Tilgung übernommenen Gesellschaftsschulden zu schützen hat. Der Anspruch auf eine Abfindungssumme rührt allerdings aus der bestandenen Gemeinschaft her, aber er ist nicht ein Anspruch pro socio. Denn der ausgeschiedene Gesellschafter steht nicht mit der nunmehr fortgesetzten Gesellschaft, welche seine Schuldnerin wird, sondern mit den Personen ihrer Gesellschafter in Societät. Gewiß wäre eine Regulirung des Verhältnisses in der Weise denkbar, daß sich jeder der Gesellschafter, denen der Antheil des Ausscheidenden anwuchs, für seine Person dem Ausscheidenden zu dem seinem Zuwachs entsprechenden Beitrage zu seiner Abfindung verpflichtet. Dies ist aber nicht die Regelung, in deren Sinne das Gesetz den Ausscheidungs- und Abschichtungsvertrag interpretirt und welcher auch ein Separationsvertrag entspricht. Allerdings sind es die bisherigen Gesellschafter, welche sich zur Leistung der Abfindung verpflichtet haben, aber in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter der lediglich unter ihnen fortzusetzenden Gesellschaft. Das Gemeinschaftsverhältniß, aus welchem die actio pro socio begründet war, ist erledigt durch Begründung einer Gesellschaftsschuld. Eine Schuld der neuen, bezw. fortgesetzten Gesellschaft ist begründet zur Befriedigung der Ansprüche des Ausgeschiedenen aus dem alten Gesellschaftsverhältnisse, ein wahres Passivum der neuen Gesellschaft, (vgl. Entsch. d. R.=O.=H.=G.'s Bd. 10, S. 57 fg.) für welches ihre Gesellschafter persönlich, eben weil es eine Gesellschaftsschuld ist, ohne daß noch ein internes Verhältniß aus dem alten Gesellschaftsvertrage übrig geblieben ist, aus welchem der Ausgeschiedene an Geltendmachung seiner vollen Forderung gegen die Gesellschafter verhindert wäre, nach Art. 112 H.=G.=B. solidarisch haften.

Auf diesen Gläubigeranspruch den Art. 146 a. a. O. für unanwendbar zu erachten, dazu bietet weder Wortlaut noch Tendenz dieser Vorschrift einen Anhalt. Da der Grund für eine Solidarhaft des Gesellschafters in dem Vorhandensein des Anspruches gegen die — fortgesetzte — Gesellschaft beruht, so handelt es sich um eine „Klage gegen einen Gesellschafter aus Ansprüchen gegen die Gesellschaft". Wenn man betonen will, es seien damit nur Ansprüche Dritter gemeint, so ist der Forderungsberechtigte nicht deßhalb kein Dritter, weil er früher Gesellschafter war und sein Anspruch aus der Auseinandersetzung in Betreff der früheren Gemeinschaft herrührt. Alle Gründe, welche insbesondere die französische Gesetzgebung und Doktrin für die Verjährung aus Art. 64 des Code de commerce, welchem der Art. 146 entlehnt ist, entwickelt, treffen auch auf solchen Anspruch zu. Dieselben lassen sich im wesentlichen dahin zusammenfassen: Die kürzere Verjährung soll die Schwere der Solidarhaft mildern. Der Gesellschafter, der nicht an der Liquidation selbst theilnimmt, oder vor Auflösung der Gesellschaft ausgeschieden ist, soll, nachdem er in einer bestimmten kürzeren Zeit seitens der Gesellschaftsgläubiger nicht in Anspruch genommen ist, annehmen dürfen, daß die Schuld aus dem Handlungsvermögen befriedigt oder diesem allein kreditirt ist. Er soll, während er selbst weder Gesellschaftspapiere noch Gesellschaftsbücher hat, nicht noch nach Jahren wehrlos einem Anspruche gegenüberstehen, von dem der Gläubiger bloß zu behaupten braucht, er sei noch nicht befriedigt. Alles dies soll mit Recht bei den rein internen Ausgleichungsansprüchen sich anders verhalten. Hier giebt es keine Solidarität. Was der einzelne Gesellschafter aus dem Gemeinschaftsverhältnisse den anderen Gesellschaftern zu leisten hat, das muß er wissen, bezw. sich darum kümmern. Handelt es sich um Regreßansprüche an ihn seitens eines Gesellschafters, der mehr aus seinem Vermögen hat aufwenden müssen, als auf seinen Antheil kommt, so muß solcher Anspruch besonders belegt und nachgewiesen werden. R. VII. (31.) 93—96.

Art. 148.

Abs. 2. Nach den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs wird durch die Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft nicht die sofortige gänzliche Beendigung ihrer Existenz herbeigeführt; die Gesellschaft besteht vielmehr zunächst noch fort zum Zwecke der Liquidation. Die Vertretung der in Liquidation befindlichen Gesellschaft ist durch das Gesetz den Liquidatoren ausschließlich übertragen. (Vgl. Entsch. d. R.-O.-H.-G.'s Bd. 23, Nr. 109, S. 329 und die dortigen Citate.) Die Vertretungsbefugniß der Liquidatoren bezieht sich allerdings nur auf die Abwickelung der noch schwebenden Geschäfte; da aber zu diesen Geschäften namentlich auch gehört die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen, so folgt, daß die Gesellschaft auch gegenüber ihren Gläubigern nunmehr ausschließlich vertreten wird durch die Liquidatoren. Schon hieraus ergiebt sich, daß diese Vertretung der Gesellschaft durch die Liquidatoren auch stattfindet in Bezug auf alle solche beiderseitigen Rechtshandlungen, welche geeignet sind, eine Unterbrechung der Verjährung zu begründen, und es kann deßhalb keinem Zweifel unterliegen, daß der Ausspruch des Art. 148 Abs. 2 H.-G.-B., die Verjährung zu Gunsten eines Gesellschafters werde unterbrochen durch Rechtshandlungen gegen die Liquidatoren, keineswegs **Art. 148.**

bloß zu verstehen ist von einseitigen Rechtshandlungen der Gläubiger, sondern sich ebenso auch beziehen will auf diejenigen Unterbrechungsakte, welche, wie Abschlagszahlung, Schuldanerkennung u. s. w., zwar beruhen in einer Leistung des Schuldners, aber doch daneben, vermöge des Erfordernisses der Empfangnahme der Leistung, immer auch einer Rechtshandlung des Gläubigers bedürfen. Ueberdies erhellt auch aus den Kommissionsverhandlungen zum Art. 148 (Prot. S. 4535), daß es die Absicht des Gesetzes ist, die Frage, welche Rechtshandlungen geeignet seien, die Verjährung zu unterbrechen, nach den Landesrechten beurtheilen zu lassen; ein Antrag, diese Wirkung nur der Klagzustellung zuzuerkennen, wurde abgelehnt. Nach gemeinem Rechte wird **durch eine Zahlung, welche geleistet wird zum Zwecke der theilweisen Tilgung einer bestehenden größeren Forderung, die Verjährung des Restes der Forderung unterbrochen, und eine solche Zahlung liegt offenbar vor in der von den Liquidatoren geleisteten Zahlung gewisser Prozente der Forderung des Gesellschaftsgläubigers.** R. V. (3.) 9. 10.

In Art. 148 H.-G.-B. sind die beiden Fälle, wo ein Gesellschafter ausscheidet, dennoch aber die Gesellschaft fortgesetzt wird (Art. 127), und wo die Gesellschaft sich auflöst und in Liquidation tritt, getrennt, weil sie verschiedenen Grundsätzen unterworfen werden, nämlich im ersten Falle der Satz gelten soll, daß Rechtshandlungen gegen die Gesellschaft als solche die Verjährung den einzelnen Gesellschaftern gegenüber nicht unterbrechen, während im zweiten Falle, im Hinblicke darauf, daß die Liquidatoren einer aufgelösten Gesellschaft die bei der Auflösung zu derselben gehörigen Gesellschafter vertreten, das Entgegengesetzte gelten soll. **Wenn nun in Abs. 1 von Rechtshandlungen gegen die fortbestehende Gesellschaft die Rede ist, so soll hiermit zunächst nur der Fall bezeichnet werden, daß die Gesellschaft trotz des Ausscheidens eines Gesellschafters fortgesetzt wird** (Art. 127 a. a. O.), keineswegs aber war bezweckt, den allgemeinen Prinzipien, gemäß deren auch nach Auflösung der Gesellschaft diese, soweit es der Zweck der Liquidation erfordert, noch fortbesteht, entgegenzutreten und auszusprechen, daß nur Rechtshandlungen gegen die in voller Wirksamkeit fortbestehende Gesellschaft die Verjährung dem ausgeschiedenen Gesellschafter gegenüber nicht unterbrechen sollen. Es kann daher kein Zweifel bestehen und ist auch nie bezweifelt worden, daß in Fällen, wo während des Laufes der fünfjährigen Verjährungsfrist des Art. 146 die Gesellschaft sich auflöst, die Verjährung dem ausgeschiedenen Gesellschafter gegenüber durch Rechtshandlungen gegen die Liquidatoren der aufgelösten Gesellschaft nicht unterbrochen wird, daß also nach der Auflösung dieselben Prinzipien gelten, wie vorher. R. VI. (8.) 36.

In Art. 148 sind, wie es sich aus den Berathungen der Nürnberger Kommission (Prot. S. 4535) ergiebt, **nur solche Rechtshandlungen** gemeint, **welche nach den maßgebenden Landesrechten** geeignet sind, **die Verjährung zu unterbrechen.** Es ist hier der §. 64 des Genossenschaftsgesetzes dem Art. 148 des H.-G.-B. gegenübergestellt und hierbei noch ausgeführt, daß weitergehend als Art. 148 der §. 64 auch Rechtshandlungen gegen die Konkursmasse als Mittel die zu Gunsten der Genossenschafter laufende kurze Verjährung zu unterbrechen bezeichnet, und daß hiermit, der Natur der Sache nach, nur Rechtshandlungen gemeint sein können, welche das

Konkursverfahren an die Hand giebt, um eine Forderung der Konkursmasse gegenüber zur Geltung zu bringen, also vorzugsweise die Anmeldung der Forderung im Konkurse. R. II. (5.) 11—13.

Zweiter Titel.

Von der Kommanditgesellschaft.

Erster Abschnitt.

Von der Kommanditgesellschaft im Allgemeinen.

Art. 151.

Nr. 3. Grund, warum der Sitz **der Handelsgesellschaft** eingetragen werden muß. Siehe hierüber bei Art. 86 Nr. 2 ad RA. IV. (280.) 627. **Art. 151.**

Art. 163.

Durch die Erklärung der persönlich haftenden Gesellschafter und des Kommanditisten zum Handelsregister erwächst für diejenigen, welche nach dieser Eintragung zur Gesellschaft in ein Gläubigerverhältniß treten, ein Recht gegen die Gesellschaft, wie gegen den Kommanditisten, auf die Existenz eines Gesellschaftsvermögens entsprechend der abgegebenen Erklärung, also in Betreff einer als unbedingt und ohne Zeitbeschränkung hinsichtlich der Fälligkeit versprochen erklärten Einlage von einer gewissen Summe auf das Vorhandensein einer solchen Einlageverpflichtung. In der Kommanditgesellschaft treten mit dem Komplementar die Kommanditisten als mit ihm durch die gemeinschaftliche Firma verbunden auch nach außen auf, und der die Gesellschaft vertretende Komplementar soll obligiren und obligirt auch das Kommanditkapital. Indem das Gesetz Dritte zur Anerkennung der Beschränktheit der Haftung für den Fall ihrer geschehenen Eintragung — Art. 163 H.-G.-B. — zwingt, muß es andererseits denselben auch ein Recht auf das Vorhandensein des gesetzten Haftungsobjektes als eines voll und uneingeschränkt der eingetragenen Erklärung entsprechenden und die Mittel zur Geltendmachung dieses Rechtes gewähren wollen. Sollte dieser Erfolg für die Gläubiger lediglich durch eine abgeleitete Geltendmachung der Rechte der Kommanditgesellschaft selbst, bezw. des Komplementars gegen den Kommanditisten aus dem Gesellschaftsvertrage erreicht werden, so hätte das Gesetz vor Eintragung der Gesellschaft, mit welcher die Limitirung der Haftung zu wirken beginnt, die Vorlegung des ganzen Inhaltes des Gesellschaftsvertrages beim Registerrichter behufs seiner Prüfung und Verweigerung der Eintragung, wenn die internen Festsetzungen mit dem aus der Eintragung seitens Dritter zu entnehmenden Inhalt des Vertrages nicht im Einklange stehen, oder behufs Miteintragung der sich aus dem Vertrage ergebenden Einschränkungen der Einlageverpflichtung, falls die beschränkte Haftung auch noch unter weiteren Einschränkungen als denen auf eine Vermögenseinlage zulässig sein sollte, anordnen müssen. Oder das Gesetz hätte bestimmen müssen, daß von dem durch die Erklärungen zum Handelsregister kundgegebenen Vertragsinhalte **Art. 163.**

abweichende Vertragsfestsetzungen auch intern ohne Wirkung seien. Endlich hätte das Gesetz bestimmen müssen, daß, gleichviel ob nach dem Gesellschaftsvertrage und dem durch denselben festgesetzten Gewinn- und Verlustbetheiligungsverhältnisse der einzelne Kommanditist sich unter Zurücknahme des durch den ihn treffenden Verlust nicht erschöpften Theiles seiner Einlage aus der Gesellschaft zurückziehen durfte, diese Zurücknahme nicht ohne Auflösung der ganzen Gesellschaft, bez. nicht vor Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger geschehen dürfe. Nichts von allem diesem ist durch das Gesetz bestimmt. Lediglich auf die in Nr. 1—4, Art. 151 aufgestellten Kontenta beschränkt sich die Forderung des Gesetzes in Bezug auf die von den Betheiligten anzumeldenden Erklärungen über den Inhalt des Gesellschaftsvertrages. Dagegen wird für das Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander überhaupt und insbesondere für die Berechtigung auf Entnahme von Zinsen und Gewinn auf die Einlage nach Art. 157 und 161 der Gesellschaftsvertrag für maßgebend erachtet. Endlich gestattet Art. 171 das Ausscheiden eines einzelnen Kommanditisten mit seiner Einlage oder mit dem durch ihn treffenden Verlust nicht erschöpften Theile derselben ohne Auflösung der Gesellschaft selbst, bez. ohne vorausgehende Befriedigung oder Sicherstellung derjenigen Gesellschaftsgläubiger, die auf die kundgegebene Kommanditeinlage hin kontrahirt haben. Alle diese Erwägungen zwingen dazu, gegenüber der vom Gesetz nicht berührten Freiheit der Gesellschafter in der Festsetzung ihres Rechtsverhältnisses unter einander und demgemäß auch zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern, im Sinne des sonst zu vermissenden und doch wegen der vom Gesetz bei Zulassung der beschränkten Haftung in der einfachen Kommanditgesellschaft verfolgten Tendenz nicht zu entbehrenden Gläubigerschutzes die Bestimmungen des Art. 165 aufzufassen und dieselben im Sinne eines unmittelbaren Rechtes der Gläubiger gegen die Kommanditisten im Gegensatze eines bloß aus dem Rechte der Gesellschaft oder des Komplementars nach dem Inhalte der Vertragsfestsetzungen abgeleiteten zu verstehen. Für diese, übrigens auch in der Theorie weitaus überwiegend vertretene, v. Hahn, Kommentar zu Art. 165 §. 12 ff. 3. Aufl. I, S. 577 fg.; Laband, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 14, S. 644; Puchelt, Komment. 2. Aufl. I, S. 296; Keyßner, Komment. S. 145; Note 5, vgl. auch Zeitschrift f. Handelsr. Bd. XXIV. S. 13. 14, Note 23 u. S. 461, Note 40. Ebenso: Entsch. d. R.-O.-H.-G.'s, Bd. 19, Nr. 103, S. 349. Dagegen Thöl, Handelsr. 5. Aufl. I, S. 344. Anschütz und v. Völderndorff, Komment. II, S. 379), Auffassung spricht auch die Stellung des Art. 165, welcher — in unverkennbarer Analogie mit der Scheidung zwischen dem Rechtsverhältnisse der Gesellschafter unter einander und dem der Gesellschaft zu dritten Personen, wie sie sich bei der offenen Handelsgesellschaft im zweiten und dritten Abschnitt, Tit. 1, Buch 2 H.-G.-B. findet, — sich gegenüber dem in den Art. 157 bis 162 behandelten Rechtsverhältnisse der Gesellschafter unter einander in der Reihe der mit Art. 163 anhebenden Bestimmungen über das Rechtsverhältniß zu dritten Personen befindet, und die Analogie der Fassung des Art. 165 Abs. 1 mit der des Art. 112 Abs. 7. Der Art. 165 ist das Ergebniß der vom Gesetze bei seinen Vorschriften über die Voraussetzungen der Eintragung der Kommanditgesellschaft angenommenen rechtlichen Konstruktion, nach welcher die von den Interessenten zum Handelsregister angemeldeten Erklärungen über den Inhalt des Kommanditgesellschaftsvertrages mit dem Verpflichtungs-

willen abgegeben sind, sich, bez. die errichtete Gesellschaft nach Maßgabe dieses erklärten Vertragsinhaltes und keines anderen von Dritten behandeln zu lassen. R. I. (33.) 70—72.

Art. 165.

Im Falle einer Rückzahlung der Einlage eines Kommanditisten, tritt die ihn nach Art. 165 Abs. 5 H.-G.-B. treffende Haftung nur insoweit ein, als der Besitz der Einlage den Kommanditisten zum Nachtheile der Gesellschaftsgläubiger bereichern würde. Sie muß daher wegfallen, wenn das Empfangene bereits zur Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern verwendet wurde. Hierbei ist es ohne Belang, ob diese Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern in der ausgesprochenen Absicht oder zu dem speciellen Zwecke geschah, der Verpflichtung aus Art. 165 Abs. 5 a. a. O. zu genügen, oder ob noch ein anderer Rechtsgrund vorlag, da es im wesentlichen nur darauf ankommt, daß eine Schuld der G e s e l l s c h a f t, nicht aber eine eigene Schuld des Kommanditisten gezahlt wurde. R. VII. (17.) 48. 49. Art. 165.

Bei der einfachen Kommanditgesellschaft tritt der Kommanditist in Bezug auf die versprochene Einlage zu den Gesellschaftsgläubigern in ein unmittelbares, lediglich nach Maßgabe der eingetragenen Betheiligungserklärung begründetes Rechtsverhältniß, unabhängig von dem Inhalte des Gesellschaftsvertrages. R. I. (33.) 69 ff. Siehe hierüber bei Art. 163 eodem. **In Bezug auf die Konkursgläubiger gehört diese Einlage zu dem Vermögen der Kommanditgesellschaft.** Als das Vermögen der Kommanditgesellschaft, über welches bei deren Zahlungseinstellung nach Art. 170. 123 der Konkurs eröffnet wird, ist nicht bloß die Summe der Rechte, welche der Gesellschaft nach ihren internen Festsetzungen den Kommanditisten gegenüber zustehen, sondern der Handlungsfonds zu verstehen, auf dessen Vorhandensein durch die Erklärungen der Gesellschafter Dritten sowohl der Gesellschaft wie den Gesellschaftern gegenüber ein Recht eingeräumt ist. **Die Einziehung der von den Kommanditisten versprochenen Einlagen** und zwar nach Inhalt des Versprechens, wie es in den Erklärungen zum Handelsregister enthalten, **liegt** daher **nicht bloß nicht außerhalb der Aufgaben des Gütervertreters im Konkurse der Kommanditgesellschaft, sondern ist recht eigentlich eine seiner erheblichsten Aufgaben.** Dem Gütervertreter liegt im Interesse der Gesammtheit der Gläubiger die Konstituirung der zur Befriedigung der Gläubiger bestimmten Vermögensmasse des Gemeinschuldners ob. Er ist deßhalb berechtigt wie verpflichtet, alles zu dieser Masse hereinzuziehen, was vom Standpunkte der Gläubiger und ihrer Rechte sowohl gegen den Gemeinschuldner wie gegen den in Anspruch zu nehmenden Dritten aus zu dieser Masse gehört, auch wenn der Gemeinschuldner selbst sich seines Rechtes darauf als eines für sich selbst auszuübenden durch seine Vereinbarungen begeben hätte. R. I. (33.) 73. 74.

Zweiter Abschnitt.

Von der Kommanditgesellschaft auf Aktien insbesondere.

Art. 173.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn Interimsscheine in Aktien umgewandelt werden, der Stempel für Aktien nur einmal in Ansatz Art. 173.

gebracht werden darf, und daß also, wenn bereits zu den Interimsscheinen Stempel verwendet worden sind, deren Betrag von dem der zu den Aktien zu verwendenden Stempel in Abzug zu bringen ist. **Aber auch die vor Reduktion des Grundkapitals ausgegebenen Interimsscheine unterliegen nicht dem vollen Aktienstempel ohne Abrechnung des nach der Reduktion zu den Aktien verwendeten Stempels.** R. V. (53.) 191—193.

Art. 174.

Art. 174. **Genehmigung einer Aktienzeichnung.** Die Schlußworte des Art. 174 H.-G.-B., welche (im Anschlusse an den Satz:

„Ueber die Errichtung und den Inhalt des Gesellschaftsvertrages muß eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufgenommen sein),“

lauten:

„Zur Aktienzeichnung genügt eine schriftliche Erklärung“, sind zwar nicht in befehlender Form gefaßt, heben vielmehr nur hervor, daß die in dem vorstehenden Satze für die Errichtung und den Inhalt des Gesellschaftsvertrags wesentliche qualifizirtere Form für die Aktienzeichnung nicht erforderlich sei, sondern für diese Zeichnung die einfache Schriftform der Erklärung genüge; es ergiebt sich indessen allerdings daraus, daß die Aktienzeichnung selbst nicht mündlich oder durch konkludentes Verhalten rechtswirksam verwirklicht werden könne, sondern wenigstens durch eine schriftliche Erklärung realisirt werden müsse. Das folgt schon sprachlich aus dem Gesetzausdruck „Aktienzeichnung“, sowie daraus, daß nach Art. 178 H.-G.-B. die Kommanditgesellschaft auf Aktien erst mit dem Momente der Eintragung in das Handelsregister Existenz erlangt, und diese Eintragung (nach Art. 177 Nr. 2 H.-G.-B.) die Bescheinigung voraussetzt, daß das gesammte Kapital der Kommanditisten durch Unterschriften gedeckt sei. Es ist ferner in mehrfachen Entscheidungen des R.-O.-H.-G.'s und des Reichsgerichts selbst,

vgl. Entsch. des O.-H.-G.'s Bd. 23, Nr. 80, S. 228 und Nr. 95, S. 289, Entsch. des R.-G.'s in Civilsachen Bd. 1, Nr. 89, S. 242

ausgeführt, es folge aus vorstehenden Bestimmungen für die Kommanditgesellschaft auf Aktien (sowie für die Aktiengesellschaft im engeren Sinne aus den Bestimmungen der Art. 208, Abs. 3 und 210a Nr. 1, 211 H.-G.-B. und für die Genossenschaft aus §. 2 des Gesetzes betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften vom 4. Juli 1868), daß die nicht formell in schriftlicher Erklärung verwirklichten Zeichnungen auf Aktien (oder Beitrittserklärungen zu einer Genossenschaft) nicht für ersetzbar erachtet werden dürften, sei es durch (keinerlei urkundliche Erklärungen in sich begreifendes) für die Vorstellung Aktionär, bezw. Genossenschafter zu sein, konkludentes Verhalten des demnächst durch Aktionär (bezw. als Genossenschafter) in Anspruch genommenen, sei es als urkundliche Erklärungen desselben, welche sich nicht als Aktienzeichnung (respektive als Genossenschaftsbeitrittserklärung) qualifizirten, sondern aus welchen nur mittelbar induzirt werden könne, daß Jemand bei Abgabe dieser Erklärungen vorausgesetzt habe, er sei Aktionär bezw. Genossenschafter.

Der Schluß aus der Wesentlichkeit schriftlicher Aktienzeichnung (als in ihrer urkundlichen Erscheinung zum Existentwerden der Aktiengesellschaft oder der Kommanditgesellschaft auf Aktien, und somit zum Wachwerden der mit den Pflichten konnexen Rechte des Aktionärs nothwendigen Voraussetzung), auf die Unersetzbarkeit dieser Erscheinungsform durch das bloße

Wort, oder durch ein für die Vorstellung der Existenz eines bestimmten Rechtsverhältnisses (dessen wesentliche Voraussetzungen wirklich nicht existiren) sprechendes Verhalten bietet gar keinen Anhalt für den Schluß, daß, bei schriftlicher Aktienzeichnung durch einen Bevollmächtigten, dessen Vollmacht oder die Ratihabition jenes von ihm gethätigten Rechtsaktes der Urkundlichkeit bedürften. Selbst dann, wenn man etwa annehmen wollte, die Schriftform der Aktienzeichnung habe (nach der Intention des Gesetzgebers) durch ihre prägnante Vergegenständlichung des Zeichnungswillens dem sich verpflichtenden das Wesen und die Verpflichtungsfolgen dieses Rechtsaktes recht scharf in das Bewußtsein führen sollen (ein Moment, welches namentlich in dem anklingenden Falle der Beitrittserklärung zur Genossenschaft, bei welcher die Schriftlichkeit dieser Erklärungen sich nicht mit gleichwerthigen Bestimmungen, wie die Art. 177 Nr. 2, 178. 210a Nr. 1, 211 H.-G.-B. verknüpft, verwerthet worden ist), waltet ein tiefer Unterschied zwischen denjenigen Fällen ob, in welchen nur ein für die Vorstellung der Existenz eines Rechtsverhältnisses, welches nach dem Gesetz nur durch konstituirenden Urkundsakt entstehen soll, anzeigendes Verhalten gethätigt worden ist, und zwischen den Fällen, entweder (sei es auch nur mündlich oder konkludent) ertheilter Vollmacht zur Thätigung des konstituirenden Urkundsaktes, oder gar einer eigentlichen (sei es auch nur mündlich oder durch schlüssiges Verhalten gethätigten) Ratihabition des mit dem Namen des Ratihabirenden vollzogenen, konstituirenden, urkundlichen Rechtsaktes: Das ist bereits seitens des R.-O.-H.-G.'s in dem Bd. 23 Nr. 95 seiner Entscheidungen abgedruckten Urtheil angedeutet. Der Art. 174 H.-G.-B. setzt sonach nur für die Form der Aktienzeichnung selbst, nicht aber für die zur Rechtswirksamkeit der Vollmachten zur schriftlichen Aktienzeichnung, oder der Ratihabition seitens eines Bevollmächtigten gethätigter Aktienzeichnungen, die Norm. **Die Rechtswirksamkeit der Vollmachtsform zur schriftlichen Aktienzeichnung und der Ratihabitionsform der durch einen Bevollmächtigten realisirten, schriftlichen Aktienzeichnung wird von demjenigen objektiven Rechte beherrscht, welches maßgebend ist, je nachdem sich die konkrete Aktienzeichnung als Handelsgeschäft charakterisirt oder nicht.** Charakterisirt sich ein Rechtsakt, sei es als ein absolutes (Art. 271 H.-G.-B.), sei es als ein relatives (Art. 272), sei es als ein nach den Normen der Art. 273. 274 als bestehend anzunehmendes Handelsgeschäft, mag es diese Eigenschaft auch nur in Bezug auf einen Kontrahenten besitzen, so wird für die ganze Sphäre derjenigen Akte, welche für das Zustandekommen und die Rechtswirkung jenes Hauptrechtsgeschäftes wesentlich sind, die essentielle Form derselben nach den Grundsätzen des Handelsgesetzbuchs bestimmt, namentlich also die Form der Vollmacht zum Abschlusse jenes Hauptrechtsgeschäftes und die Form der Ratihabition des durch den Bevollmächtigten Verwirklichten.

Vgl. Entsch. des R.-O.-H.-G.'s Bd. 2 Nr. 23, Bd. 5 Nr. 33, Bd. 15 Nr. 72 und Nr. 94.

Es handelt sich also um die Beantwortung der Frage, **ob die Aktienzeichnung als ein Handelsgeschäft anzusehen** ist oder nicht, denn im ersteren Falle würden für die hier in Frage stehende Schriftform die für Handelsgeschäfte und deren Formen maßgebenden Grundsätze des Reichshandelsrechts entscheidend sein, während für den letzteren Fall die einschlägigen Landesgesetze z. B. preuß. Landrecht über die Vollmachtsform und die

Ratihabitionsform der von dem Bevollmächtigten gethätigten Rechtsakte maßgebend sein würden. Hierüber nun folgendes:

Die Aktienzeichnung ist nicht ihrem Wesen nach ein Handelsgeschäft. Vgl. Goldschmidt, Handbuch, 2. Aufl. Bd. 1 §. 77, S. 662 Anm. 26. (Ob eine Aktienzeichnung mit der Absicht, die gekennzeichnete Aktie weiter zu veräußern, überhaupt als Anschaffung einer Aktie im Sinne des Art. 271, Abs. 1 H.-G.-B. angesehen werden dürfe, ist hier nicht entschieden, ebenso die Frage welchen Einfluß die etwaige Qualität des Projektanten der Konstituirung der Kommanditgesellschaft auf Aktien, als Kaufmann, auf die Qualifikation der Aktienzeichnung als Handelsgeschäft hätte äußern können). Wenn auch eine Kommanditgesellschaft auf Aktien die Eigenschaft eines Kaufmannes besitzt, so ist abgesehen davon, ob die Aktienzeichnung überhaupt als ein zwischen dem Aktienzeichner und der noch gar nicht bestehenden Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien eingegangenes Rechtsgeschäft aufgefaßt werden darf, diese Zeichnung jedenfalls schon deßwegen nicht als ein von jener Gesellschaft im Betriebe ihres Handelsgewerbes eingegangenes Geschäft anzusehen, weil jene Zeichnung, als eine Vorbedingung für das Zustandekommen der Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien, der Entstehung und dem Geschäftsbetriebe derselben überhaupt vorangeht. Die Aktienzeichnung hat also weder nach den Art. 271. 272 noch nach den Art. 273. 274 H.-G.-B. als ein Handelsgeschäft zu gelten. Im gegebenen Falle war nur nach Ort und Zeit dieser Aktienzeichnung und der Person des Zeichnenden die Frage, ob die durch konkludentes Verhalten von Jemand gethätigte Ratihabition der von seinem (mündlich oder in sonst schlüssiger Weise bestellten) Bevollmächtigten durch Aktienzeichnungserklärung (bei Unterschrift mit des Beklagten Namen) verwirklichten Aktienzeichnung die Rechtswirkung habe, daß der Ratihabent aus jener Aktienzeichnung derartig für verpflichtet zu erachten sei, als wenn er seine Namensschrift selbst geschrieben hätte, nach den **Grundsätzen des preußischen Rechts** unter Berücksichtigung der Voraussetzung zu entscheiden, daß dasjenige Rechtsgeschäft, zu dessen Thätigung der Bevollmächtigte bestellt war (nach dem für dessen Form maßgebenden Art. 174 H.-G.-B.), der schriftlichen Form zu seiner Rechtswirksamkeit bedurfte.

Von den einzelnen Bestimmungen des preußischen allgemeinen Landrechts spricht nun der §. 116 I. 5 nur den allgemeinen Satz aus, daß die Vertragsschriftform erst durch die Unterschrift der Vertragsurkunde hergestellt werde; dagegen verordnet diese Gesetzesstelle nichts darüber, **wie ein Bevollmächtigter die Vertragsunterzeichnung zu thätigen habe, oder darüber, welche Rechtswirkungen eine bestimmte Vollmachts- oder Ratihabitionsform erzeuge.**

Ebensowenig regelt der §. 148 A. L.-R. I 13 die Wirksamkeit der mündlich oder konkludent erklärten Ratihabition der von einem mündlich Bevollmächtigten bereits gethätigten Handlungen; diese Gesetzesstelle verneint vielmehr nur eine Zwangspflicht desjenigen, welcher einen Nichtbevollmächtigten mündlich (vor dem ohne Vollmacht gethätigten Vertragsschlusse) als Bevollmächtigter bezeichnet hatte, den Vertrag zu ratihabiren.

Daraus aber, daß jemand zu einem rechtsgeschäftlichen Akte nicht zwangspflichtig ist, folgt in keiner Weise, daß der von ihm trotzdem gethätigte Rechtsakt ihn nicht verpflichte.

Die §§. 147. 148 a. a. O. haben übrigens nicht das geringste mit

der nothwendigen Schriftform des von dem Nichtbevollmächtigten für den angeblichen Machtgeber abgeschlossenen Vertrages zu thun, finden vielmehr ebensogut bei Verträgen Anwendung, welche auch bei nur mündlichem Abschluß zwischen den eigentlichen Vertragssubjekten selbst diese kontraktlich verpflichten. Diese §§. 147. 148 bewegen sich in einer mit den §§. 7 und 8 A. L.-R. I. 13 parallelen Richtung. Nach letzteren Gesetzesstellen entstehen zwar zwischen dem Bevollmächtigten und dem Machtgeber bei dem nur mündlichen Mandat zum Abschluß eines in mündlicher Abschlußform verbindlichen Vertrages perfekte Mandatsvertragsrechte; dagegen darf der Gegenkontrahent (abgesehen von dem Fall hinzutretender Ratihabition, welcher von eigenartigen Prinzipien beherrscht wird) in Fällen, wo es zum verbindlichen Vertragsabschluß zwischen den unmittelbar mit einander kontrahirenden Vertragssubjekten selbst der Beurkundung des Vertrages nicht bedarf, auf Erfüllung des von einem nicht durch schriftlichen Auftrag legitimirten Bevollmächtigten geschlossenen Vertrages gegen den Machtgeber nicht die Vertragsklage anstrengen.

Wohl aber folgt aus den zuletzt erörterten Bestimmungen, daß (wenngleich nach preußischem Recht keineswegs der allgemeine Grundsatz besteht, daß die Form der Vollmacht zum Vertragsschluß stets in gleich qualifizirter Form erklärt sein müsse, wie die zur Rechtswirksamkeit des abzuschließenden Rechtsgeschäftes wesentliche Form) auf Grund der von einem nicht urkundlich Bevollmächtigten gethätigten Aktienzeichnung ein (klagbarer) Anspruch auf Zahlung der gezeichneten Aktiensumme nicht begründet ist, wenn nicht der Auftraggeber diese von seinem mündlich oder konkludent dazu Bevollmächtigten (durch Thätigung seiner [des Auftraggebers] Namensunterschrift unter der in dem Aktienzeichnungsbuche verwirklichten Aktienzeichnungserklärung) der Erscheinungsform nach hergestellte Aktienzeichnung zwar nicht urkundlich, aber in schlüssiger Weise, ratihabirt hat.

Darüber, daß **der Grundsatz: „Aus einem Kontrakte wird derjenige, dessen Namensunterschrift von einem Anderen in Folge eines demselben mündlich oder stillschweigend ertheilten Auftrages geleistet worden, nicht wie aus einem schriftlichen Vertrage verpflichtet, selbst wenn eine nachträgliche mündliche oder stillschweigende Genehmigung hinzukommt", nicht als eine Norm des preuß. Rechtes anzuerkennen sei,** und ob die in den Präjudicien des früheren preußischen Obertribunals Nr. 2586 und 2196 formulirten Grundsätze dem Geiste des preußischen Rechts entsprechende Rechtsgrundsätze seien, folgendes.

Der Plenarbeschluß des preuß. Obertribunals vom 22. April 1850 Präjudiz 2196 (abgedruckt Bd. 19, Nr. 4, S. 29 fg. der amtlichen Sammlung der Obertribunals-Entscheidungen) lautet wörtlich:

> „Eine vertragsmäßige Verbindlichkeit aus einem von dem Bevollmächtigten abgeschlossenen Geschäfte, wenn derselbe in Fällen, wo es eines schriftlichen Vollmachtsvertrages bedurfte, ohne schriftlichen Auftrag, jedoch in der gesetzlichen Form gehandelt hat, kann nicht nur durch eine schriftliche, sondern auch durch eine mündliche oder stillschweigend erklärte Genehmigung des Machtgebers dem Dritten gegenüber entstehen."

In der bei Begründung dieses Plenarbeschlusses gegebenen Darstellung der bisherigen (als mit einander in Widerspruch stehend aufgefaßten) Entscheidungen des Obertribunals wird ein Urtheil des vierten Obertribunal-

Senats vom 11. August 1848 angeführt, welches den Anspruch einer Eisenbahngesellschaft auf Erfüllung einer Aktienzeichnung, obwohl dieselbe von einem Dritten (zwar im Namen aber ohne schriftlichen Auftrag des derzeitigen Beklagten) erfolgt war, um deßhalb für begründet erachtet habe, weil der Beklagte durch Handlungen, welche für eine Genehmigung der Aktienzeichnung konkludent seien, die Verpflichtung gegen die Gesellschaft überkommen habe.

(Auf gleicher Grundlage beruht auch die Entscheidung des vierten Obertribunal-Senats vom 22. September 1848, welche in den Rechtsfällen aus der Praxis des königlichen Geheimen Obertribunals neuern Verfahrens Bd. 5, Nr. 182, S. 367 abgedruckt steht.)

Es wird ferner ausdrücklich, als dieser Entscheidung entgegenstehend, die Senats-Entscheidung des Obertribunals vom 23. August 1845 angeführt, welche Bd. 12, Nr. 44 der Entsch. des Obertribunals abgedruckt ist und den Grundsatz sanktionirt:

„daß die in der Norm des Diffessionseides enthaltene Bestimmung — wonach der Produkt zugleich schwören soll, daß die Namensunterschrift unter dem ihm vorgelegten Instrumente auch nicht an seiner Statt von einem Anderen mit seinem Wissen und Willen geschrieben worden ist — die Einwendungen gegen die Rechtsgültigkeit dieser, von einem Anderen erfolgten Unterschrift nicht ausschließe, vielmehr, wenn nach den Vorschriften des materiellen Rechtes eine schriftliche Vollmacht erforderlich sei, solche auch zur Leistung der Unterschrift ertheilt worden sein müsse.“

Dieser Grundsatzesinhalt ist als Präjudiz 2077 (auf Grund einer Entscheidung des vierten Obertribunal-Senats vom 14. Dezember 1848, abgedruckt Bd. 17 Nr. 60 S. 457 fg. der Entsch. des Obertribunals) dahin formulirt:

„Schriftliche Verträge erfordern der Regel nach eigenhändige Unterzeichnung der Parteien oder ihrer legitimirten Vertreter, daß die Namensunterschrift von einem Anderen mit Wissen und Willen einer Partei geschrieben worden, und der darauf bezügliche Inhalt des Diffessionseides ist darüber, ob ein gültiger schriftlicher Vertrag vorhanden, noch nicht entscheidend.“

Der dritte Senat des Obertribunals formulirt dagegen in einer Bd. 18, Nr. 12, S. 207 fg. abgedruckten Entscheidung vom 30. März 1849 den Grundsatz dahin:

„Wenn jemand eine Urkunde für einen Anderen mit dessen Willen und in dessen mündlichem Auftrage durch dessen Namensunterschrift vollzieht, so ist dieser Andere dem Dritten gegenüber dadurch in solchen Fällen noch nicht gebunden, wo die Gesetze einen schriftlichen Auftrag erfordern und eine vermuthete Vollmacht nicht stattfinden lassen.“

In der nach Darstellung der divergenten bisherigen Judikatur folgenden Begründung des Präjudizes 2196 wird dieser Grundsatz namentlich darauf gestützt:

a) daß das Allgemeine Landrecht I. 13 §§. 142 und 143 bestimmt:

§. 142: „Auch Handlungen, welche der Bevollmächtigte gegen die Vorschrift des Machtgebers vollzogen hat, werden durch dessen nachher erfolgte Genehmigung gültig.“

§. 143: „Auch durch nachherige Handlungen des Machtgebers kann eine solche Genehmigung erklärt werden (Tit. 5 §§. 185—191);"

b) daß nach dem allegirten §. 185 A. L.-R. I. 5 solche Handlungen, woraus eine vollständige Kenntniß des Vertrages und die Genehmigung des ganzen Inhalts deutlich erhellt, ein stillschweigendes Anerkenntniß begründen;

c) daß, wenn eine durch konkludente Handlungen erklärte Genehmigung eines sogar auftragswidrig gethätigten Rechtsaktes die Verpflichtung des Mandanten aus diesem Rechtsakt erzeuge, solches erst recht gelten müsse, wenn der Rechtsakt einem (wenngleich nur mündlich ertheilten) Auftrage gemäß verwirklicht worden sei.

Bemerkt wird in den Entscheidungsgründen schließlich:

„Die Herüberziehung der Vorschriften §§. 142—144 Tit. 13 auf den vorliegenden Fall sei um so mehr gerechtfertigt, als im Handelsverkehr (wie sich namentlich bei den Zeichnungen auf Eisenbahnaktien bewährt habe) und nicht minder im gewöhnlichen Verkehr (z. B. bei Bestellung und Annahme von Waaren durch Dienstboten) dieselben (zur Aufrechterhaltung des guten Glaubens) recht eigentlich an ihrem Platze und von rechtlich wohl begründeter Wirksamkeit seien."

Der vierte Senat des preuß. Obertribunals war im Jahre 1854 geneigt, vorstehendes Plenarbeschluß-Präjudiz 2196 auf einen Fall anzuwenden, in welchem bei einem zwischen zwei Holzhändlern über eine Quantität Holz (dessen Preis mehr als fünfzig Thaler betrug, so daß nach §. 131 A. L.-R. I. 5 zur Klagbarkeit des Kaufvertrages die schriftliche Abfassung erforderlich war) persönlich mündlich verabredeten Kaufvertrage, der eine Kontrahent seinen bei der Vertragsabrede anwesenden Sohn beauftragt hatte, den vollständigen Vertragsinhalt zu verbriefen und mit seinem (des Vaters) vollständigem Namen zu unterzeichnen, worauf er (der Vater) die so hergestellte Urkunde selbst durchgelesen und dem anwesenden Gegenkontrahenten ausgehändigt hatte, und demnächst von dem Gegenkontrahenten eine von demselben selbst unterzeichnete (den Vertragsinhalt übereinstimmend mit dem ersten Schriftstück ausdrückende) Urkunde erhielt. Da aber der vierte Senat vermeinte, durch die Anwendung des Präjudizes 2196 auf den Streitfall mit dem Präjudize 2077 in Konflikt zu treten, wurde die Frage an das Plenum des Obertribunals verwiesen. Letzteres hat darauf am 4. Dezember 1854 folgenden Grundsatz beschlossen, welcher als Präjudiz Nr. 2585 eingetragen ist:

„Aus einem Kontrakte wird derjenige, dessen Namensunterschrift von einem Anderen in Folge eines demselben mündlich oder stillschweigend ertheilten Auftrages geleistet worden, nicht wie aus einem schriftlichen Vertrage verpflichtet, selbst wenn eine nachträgliche, mündliche oder stillschweigende Genehmigung hinzukommt."

Trotz letzteren Schlußsatzes wird in den Bd. 29, Nr. 5, S. 293—301 abgedruckten Gründen dieses Beschlusses vom 4. Dezember 1854 die Ansicht ausgesprochen, daß dieser Beschluß mit dem Beschlusse vom 22. April 1850 (Präjudiz 2196) nicht in Widerspruch stehe. In dem Streitfalle, welcher zu diesem früheren Beschlusse Veranlassung gegeben habe, wäre ein (der Schriftform bedürfender) Vertrag seitens des mündlich Bevollmächtigten gehörig und untadlig „mit eigenhändiger Unterzeichnung des Bevollmächtigten, als solchen" geschlossen.

(So lauten die Worte des Erkenntnisses, aus denen nicht deutlich

ersichtlich ist, ob die Unterzeichnung mit dem Namen des Bevollmächtigten, oder zwar mit dem Namen des Machtgebers, indessen mit einem die Thätigung dieser Unterschrift durch einen Bevollmächtigten, als solchen, kennzeichnenden Zusatze, behauptet, bezw. für „gehörig" und „untadlig" erachtet ist. Die Gründe des Präjudizes 2196 berühren die Unterschriftsart gar nicht.)

In dem zu dem neueren Beschlusse die Veranlassung gebenden Falle habe der Machtgeber, nachdem er selbst eine mündliche Vertragsabmachung geschlossen, einen Bevollmächtigten zur Errichtung des Vertrages in Schriftform bestellt und diesem die Unterzeichnung mit des Machtgebers Namen allein aufgetragen, worauf der Beauftragte die Vertragsurkunde in der aufgetragenen Weise nur mit dem Namen des Machtgebers unterzeichnet und der Machtgeber darauf die Ratihabition durch konkludente Handlungen erklärt habe. Beide Fälle ständen nicht gleich. In dem ersteren liege ein formgerechter Vertrag vor, in letzterem nicht. In ersterem Falle habe der Bevollmächtigte Haudlungen, welche aufgetragen werden könnten, im Namen des Machtgebers gethätigt, in letzterem Falle sei versucht, eine Handlung aufzutragen, welche nur höchst persönlich realisirt werden, also weder den Gegenstand eines Auftrages noch einer Ratihabition bilden könne. Der Name eines Menschen sei gleichsam ein Stück seiner eigenen Persönlichkeit. Dessen Gebrauch durch einen Fremden gelte in der Regel für einen verletzenden Eingriff in diese Persönlichkeit. Daß der preußische Gesetzgeber die Unterzeichnung als ein höchst persönliches Recht des Namensträgers auffasse, gehe aus den Bestimmungen A. L.-R. I. 5, §§. 171—178 und §. 5 des Anhanges und II. 8, §§. 500 flg., sowie aus den Bestimmungen A. G.-O. II. 1, §. 9, Nr. 1 und §. 10, Nr. 1 hervor. Es sei ja auch möglich, daß der Kontrahent sich der eigenen Unterschrift entzogen habe, weil er den Vertrag nicht ernstlich gewollt. Die Rücksicht auf Erhaltung von Treue und Glauben könnten nicht die Bedeutung des §. 40 A. L.-R. I. 3 beseitigen.

Der Plenarbeschluß vom 4. Dezember 1854 wird in dem Kommentar von Koch zu dem Allgemeinen Landrecht in den Anmerkungen zu I. 5, §. 116 und I. 13, §. 148 für gerechtfertigt erachtet, ebenso von Förster in der dritten Auflage seiner Theorie und Praxis des preußischen Privatrechts I. §. 79. Auch Eccius scheint (nach dem Inhalt des §. 40 des ersten Theils der von ihm herausgegebenen vierten Ausgabe jenes Förster'schen Werkes) dieser Auffassung sich zuzuneigen. Dagegen ist das Reichsoberhandelsgericht (der erste Senat desselben namentlich in dem Bd. 5, Nr. 58 der Entsch. R.-O.-H.-G.'s abgedruckten, der zweite Senat in dem am 6. April 1872 Rep. 4891 1872 gefällten Urtheil) den Ausführungen des Obertribunals-Plenarbeschlusses vom 4. Dezember 1854 (in Bezug auf die Unzulässigkeit der Unterzeichnung eines Vertrages durch den Bevollmächtigten mit dem Namen des Machtgebers) eingehend entgegengetreten, und hat Dernburg in der zweiten Auflage seines Lehrbuches des preußischen Privatrechts Bd. 1, S. 200 Anmerkung 10 den Ausführungen des Reichsoberhandelsgerichts beigepflichtet, auch sich dahin ausgesprochen, daß unter den Voraussetzungen des Obertribunals-Beschlusses vom 4. Dezember 1854 die auch nicht urkundlich erklärte Genehmigung die Verpflichtung des Machtgebers begründe. Dabei hat das Reichsoberhandelsgericht in dem unter Nr. 82, Bd. 7, seiner Entscheidungen abgedruckten Urtheil und Dernburg im §. 97 des I. T. der zweiten Auflage seines erwähnten Lehrbuches (selbstverständlich) für das

Gebiet des preußischen Rechts den Grundsatz aufrecht gehalten, daß die von einem nicht schriftlich Beauftragten unterzeichnete Urkunde für sich allein den Machtgeber nicht verpflichte. Dernburg aber vermeint in dem obenerwähnten §. 97, die Unterschrift mit dem Namen des Promissars durch einen Schreiber auf Grund eines Diktats des Promissars sei als gültig anzusehen, da sie in einem solchen Falle einer direkt auf sie gerichteten Willensaktion des Promissars entsprungen sei und der Schreiber dabei nur einen mechanischen Dienst leistete. Dernburg und auch Eccius (welcher am oben angeführten Orte Anmerkung 19 Dernburg's Ansicht bekämpft) vermeinen, daß auch das Reichsoberhandelsgericht sich in dem Bd. 7, Nr. 82 seiner Entscheidungen abgedruckten Urtheil dieser Ansicht für das preußische Recht zugeneigt habe, während in Wirklichkeit in jenem Urtheil nur der sachliche Unterschied zwischen der rechtsgeschäftlichen Vertretung als Mandatar, und dem mechanischen Dienste bei der Vergegenständlichung der Aeußerung des Rechtsgeschäftswillens desjenigen, welcher den Dienenden als Werkzeug gebraucht, hervorgehoben und bemerkt ist, nach den thatsächlichen Feststellungen des im Wege der Nichtigkeitsbeschwerde angegriffenen, die Bestimmungen A. L.-R.'s I. 13 von Vollmachten anwendenden Appellationsurtheils stehe im konkreten Falle eine rechtsgeschäftliche Vertretung in Frage, so daß die Frage unerörtert bleiben könne, ob die Bestimmungen des Tit. 13 von Vollmachten auf den Fall des bloßen Diktats einer Namensunterschrift Anwendung fänden.

Ob die Ansicht Beifall verdiene, daß nach preußischem Recht ein schriftlicher Vertrag oder sonstiger Rechtsakt, welcher der Urkundlichkeit zu seiner Rechtswirkung bedarf, durch eine nur diktirte Unterschrift hergestellt werden könne, bleibt auch im vorliegenden Falle dahingestellt. Dahingestellt bleibt auch, wie etwa (nach preußischem Recht) solche Fälle zu beurtheilen seien, in welchen derjenige, dessen mündlich oder durch konkludentes Verhalten gethätigte Ratihabition (eines durch einen nur mündlich oder konkludent Bevollmächtigten abgeschlossenen und [sei es nun mit seinem eigenen Namen, sei es mit dem Namen des Machtgebers für sich allein, bezw. mit einem die Bevollmächtigung ausdrückenden Zusatze] unterzeichneten, zu seiner Rechtswirksamkeit der Urkundlichkeit bedürfenden Vertrages oder sonstigen Rechtsaktes) in Frage steht, ein Blinder oder Taubstummer, oder des Lesens und Schreibens Unkundiger, oder (im Sinne des §. 179 A. L.-R. I. 5) durch Zufall am Schreiben Verhinderter ist.

Zur Entscheidung dieser Frage bietet der vorliegende Streitfall keine Veranlassung. Der zu dem Obertribunalspräjudize 2585 die Veranlassung gebende Streitfall hätte an sich vielleicht zur Beurtheilung von dem Gesichtspunkte der rein mechanischen Dienstleistung und zum Beschlusse eines diesen Spezialfall betreffenden Präjudizes führen können, aber dieses Präjudiz selbst bewegt sich auf einem ganz anderen Gebiete, will eine allgemeine Norm der Vertragsform bei dem Vertragsschlusse durch einen Bevollmächtigten und für die Rechtswirkung der Ratihabition in bestimmter Form bei einer bestimmten Weise der von einem Bevollmächtigten gethätigten Vertragsunterschrift sein. Sowie dieses Präjudiz Nr. 2585 des früheren preußischen Obertribunals, als angebliche Norm des preußischen Rechts für diese Materien, gefaßt ist, darf demselben nicht beigepflichtet werden, vielmehr führen folgende Erwägungen zu dem Ergebnisse, daß regelmäßig der in dem Präjudize des preußischen Obertribunals 2196 formulirte Rechtsgrundsatz auch

auf die Fälle Anwendung findet, in denen der Bevollmächtigte zum Abschlusse eines Vertrages oder sonstigen Rechtsaktes die betreffende Urkunde nur mit dem Namen des Machtgebers gezeichnet hat.

Zunächst ist hervorzuheben, daß in der oberstrichterlichen Judikatur in der Beziehung Uebereinstimmung herrscht, und auch als richtig anzuerkennen ist, daß aus den §§. 142. 143 A. L.-R. I. 13 (vermöge der Schlußfolgerung aus dem Weitergehenden auf das Geringere) der Wille des preußischen Gesetzgebers dahin erhelle, daß auch im Falle eines nicht verbrieften Auftrages zum Abschluß eines zur Begründung erzwingbarer Pflichten der Urkundsform bedürfenden Vertrages, oder sonstigen Rechtsaktes, der Machtgeber (nach Thätigung dieses Rechtsaktes selbst in gehöriger Urkundsform seitens des Bevollmächtigten) durch jede nach dem ersichtlich erklärten Machtgeberwillen verwirklichte Ratihabition (möge letztere auch nur mündlich oder im Sinne des Allgemeinen Landrechts stillschweigend [das heißt durch konkludentes Verhalten] realisirt sein) aus dem von dem Bevollmächtigten gethätigten Rechtsakt zwangsverpflichtet werde. Ebendeswegen nahm das preußische Obertribunal an, daß kein Widerspruch zwischen den Präjudizien 2196 und 2585 bestehe. Der Schwerpunkt letzteren Präjudizes ist lediglich dahin verlegt, daß bei Unterzeichnung der Verbriefung eines auftraggemäß abgeschlossenen Rechtsaktes seitens des Beauftragten mit dem Namen des Machtgebers (und zwar selbst dann, wenn diese Unterzeichnungsart auftraggemäß mit Wissen und Willen des Machtgebers gethätigt sei) eine rechtswirksame Urkunde über den Rechtsakt nicht hergestellt sei.

Dieser Grundsatz wird zunächst (abgesehen von positiven Bestimmungen des preußischen Rechts) aus der Natur der Sache herzuleiten versucht. Schon die Worte des Kernsatzes: „Der Name eines Menschen ist gleichsam ein Stück seiner eigenen Persönlichkeit“ sind anzeigend für das Gefühl der Unsicherheit in Bezug auf die Vermittelung eines wirklich treffenden Gedankens. Die weitere Bemerkung, daß der Gebrauch des Namens eines Menschen durch einen Fremden in der Regel als ein verletzender Eingriff in des Namensträgers Persönlichkeit gelte, entbehrt (auch abgesehen von dem in diesem Zusammenhange nicht scharfen Worte „Persönlichkeit“) jeder Stringenz für den klarzulegenden Grundsatz, bei welchem es darauf ankommt, ob der Namensgebrauch mit Einwilligung des Namensträgers um für ihn Rechtsakte zu thätigen, der Rechtswirkung entbehre. Die Norm der Widerrechtlichkeit des Gebrauches fremden Namens ohne Wissen oder wider Willen des Namensträgers steht zu den Normen des von dem Namensträger gewußten und behufs seiner Vertretung gewollten Gebrauchs gar nicht in einem Verhältnisse, in welchem man (von der Kategorie des Regelmäßigen ausgehend) irgend eine erhebliche Schlußfolgerung ziehen könnte. — Beide normirte Fälle sind grundverschieden.

Es ist unbedingt richtig und treffend, wenn das Reichsoberhandelsgericht S. 265 Bd. 5 der Entscheidungen sagt:

> „Wer seinen Namen unter einen Vertrag setzt, der ihn als Kontrahenten aufführt, giebt durch diesen Gebrauch seines Namens eine Willenserklärung; die Namensunterschrift soll besagen, daß der Namensinhaber durch diesen Vertrag berechtigt und verpflichtet sein will. Dieser Gebrauch des Namens ist also, als Ausdruck eines bestimmten Willens, eine Aeußerung nicht der physischen, sondern der rechtlichen Persönlichkeit. Auch ist der Name eines Menschen überhaupt kein

Bestandtheil der physischen Persönlichkeit, sondern nur ihre Bezeichnung. Verbietet auch das Interesse der bürgerlichen Ordnung die beliebige Annahme oder Ablegung eines Namens, als solchen, so verändert doch weder die irrthümliche oder absichtliche Führung eines falschen, noch die berechtigte Annahme eines anderen Namens (in Folge von Adoption, Legitimation, Nobilitirung) die Person des Namensträgers. Ist aber der Namensgebrauch in dem angegebenen Sinne Willenserklärung, so liegt in dem Begriffe des Namens nichts, was den Namensinhaber hindern könnte, einen Andern zu beauftragen, diese Willenserklärung statt seiner zu schaffen, das heißt den Willen des Auftraggebers durch Unterzeichnung seines Namens kund zu thun. Der Mandatar, der demgemäß mit dem Namen des Mandanten zeichnet, arripirt dadurch nicht für sich „die Führung eines fremden Namens", sondern er erklärt, daß sein Mandant, den er bei dem Vertragsabschlusse vertritt und der in dem Vertrage als der Kontrahent bezeichnet ist, an diesen Vertrag gebunden sein solle und wolle, und daß er (der Mandatar) deßhalb und zum Zeichen dessen, als Stellvertreter des Mandanten, unter dessen Namen den Vertrag vollziehe."

Wenn ferner in den Gründen des Obertribunals-Präjudizes 2585 als ein (die angeblich aus der Natur der Sache hergeleiteten Gründe) unterstützendes Moment bemerkt wird, es sei ja möglich, daß jemand, sich der eigenhändigen Unterschrift seines Namens entziehend, diese durch einen Bevollmächtigten thätigen lasse, weil er den Vertrag ernstlich nicht wolle, so liegt in dieser Bemerukng gar kein schlüssiges Glied zur Begründung des klarzulegenden Grundsatzes, sondern lediglich ein Vorwegnehmen des zu beweisenden; denn nur, wenn man voraussetzt, daß ein Auftrag zur Unterzeichnung mit dem Namen des Machtgebers rechtsunwirksam sei, würde in einem solchen Verhalten etwas zwar Unmoralisches aber trotzdem formell den innerlich gewünschten Erfolg der Ungültigkeit des Vertrages Herbeiführendes liegen, während im umgekehrten Falle jenes unmoralische Verhalten in Bezug auf den beabsichtigten Erfolg daran scheitern würde, daß im Rechtsverkehr nur der erklärte Wille, nicht aber die in der Innerlichkeit verschlossen gehaltene Intention maßgebend ist.

In gleicher Weise enthält der Hinweis auf A. L.-R. I. 3. §. 40 nichts als eine petitio principii.

Ueber die Bedeutungslosigkeit des §. 116 I. 5 und des §. 148 I. 13 des Allgemeinen Landrechts ist schon an einer früheren Stelle dieses Erkenntnisses das Erforderliche gesagt worden.

Hiernach sind nur noch ins Auge zu fassen:

1) die Bestimmungen A. L.-R. I. 5. §§. 171—178 und §. 5 des Anhanges, sowie der A. G.-O. II. 1. §. 9 Nr. 1 und §. 10 Nr. 1;
2) die Bestimmungen A. L.-R. II. 8. §§. 500 flg.

Die unter Nr. 1 genannten Gesetzesstellen regeln ganz anormale Fälle durch lediglich für diese gegebene Sondervorschriften. Dieselben sind also ganz ungeeignet zu einer Grundlage für die Induktion, daß der preußische Gesetzgeber überhaupt eine von den in dem Wesen der Sache begründeten Prinzipien abweichende Vorstellung und einen darauf beruhenden Gesetzeswillen in Bezug auf die rechtliche Bedeutung des Namens und der Namensunterzeichnung besessen und in der preußischen Gesetzgebung zur Geltung gebracht habe.

Die unter Nr. 2 erwähnten Bestimmungen über die Prokura stimmen

in Bezug auf das Erforderniß der Schriftlichkeit der Bestellung des Prokuristen mit den allgemeinen Normen des Allgemeinen Landrechts über die Vollmachtsertheilung überein, sind im übrigen nicht wesentlich von den gegenwärtig geltenden Vorschriften des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs verschieden, namentlich in keiner Weise strenger in Bezug auf die Form der von dem Prokuristen zu thätigenden Unterschrift. A. L.-R. II. 8. §. 509 aber bestimmt (in völliger Uebereinstimmung mit den oben erörterten Normen über die Ratihabition der Rechtsakte des Bevollmächtigten):

„Wegen einer hinzukommenden ausdrücklichen oder stillschweigenden Genehmigung finden die Vorschriften des ersten Theils Tit. 5 §§. 185 bis 191 und Tit. 13. §§. 143. 144 Anwendung."

Aus dem Vorentwickelten ergiebt sich, daß keine besonderen Bestimmungen der preußischen Gesetze existiren, welche den Schluß gestatten, daß der als Obertribunals-Präjudiz 2585 formulirte Grundsatz ein wirklicher Grundsatz des preußischen Rechts sei, daß ferner der Versuch, diesen Grundsatz, auch abgesehen von positiven Bestimmungen der preußischen Gesetze, aus der Natur der Sache zu begründen, für mißglückt zu erachten ist. R. IV. (83.) 307—323.

Art. 182.

Art. 182. Sind bei einer Aktiengesellschaft Inhaberaktien ausgegeben, so begründet der Besitz einer Aktie die Aktionäreigenschaft. Sind Namensaktien ausgegeben, so ist für die Eigenschaft als aktueller Aktionär der Besitz der Aktie gleichgültig. Aktionär ist der als solcher ins Aktienbuch der Gesellschaft eingetragene; der rechtmäßige Besitz der Aktie giebt nur ein Recht auf Eintragung. Verlangt der Erwerber einer Namensaktie die Eintragung ins Aktienbuch, so erklärt er, als Aktionär in die Gesellschaft treten zu wollen. Allerdings erklärt er, an Stelle desjenigen, auf dessen Namen die von ihm vorgelegte Aktie eingetragen ist, eintreten zu wollen; allein daraus folgt nicht, daß er in das konkrete Rechtsverhältniß eintritt, in welchem der bisher Eingetragene zur Gesellschaft stand. Hatte dieser z. B. besondere Verpflichtungen der Gesellschaft gegenüber übernommen, oder war die Eintragung ohne seinen Antrag erfolgt, sodaß er dieselbe hätte anfechten können, so kann hieraus dem auf Grund der Uebertragung der Aktien Eingetretenen weder eine Verpflichtung noch ein Recht erwachsen. Seine Eintragung erfolgt auf Grund des Statuts. Durch sie wird zwischen ihm nnd der Gesellschaft ein Vertrag abgeschlossen, für welchen nur das Statut, aber auch dieses im vollen Umfang maßgebend ist. Er wird Aktionär aus eigenem Rechte. Dieser Auffassung entspricht auch die Indossabilität der Namensaktien, vermöge deren es möglich ist, eine Aktie durch die Hände verschiedener Personen gehen zu lassen, ohne daß der spätere Inhaber Rechtsnachfolger des früheren wird, ja ohne daß (beim Blankoindossament) erkennbar wird, wer die Aktie inne gehabt. Für die Kommanditgesellschaft auf Aktien, bei welcher nur Namensaktien vorkommen, gelten dieselben Grundsätze. **Wer auf seinen Antrag auf Grund einer vorgelegten Aktie ins Aktienbuch eingetragen wird, ist Kommanditistaktionär mit den einem solchen nach dem Statut zukommenden Rechten und obliegenden Pflichten. Er ist namentlich auch verpflichtet, die statutarischen Einschüsse zu leisten.** — Hiernach kommt es z. B. auf den zwischen dem Käufer mit dem Verkäufer abgeschlossenen ursprünglichen Kaufvertrag nicht mehr an, sondern die Ver-

pflichtung des Aktienkäufers zur Vollzahlung der etwa noch nicht ganz eingezahlten Aktien wird lediglich aus der Eintragung desselben ins Aktienbuch hergeleitet. **Derjenige also, welcher nicht voll eingezahlte Aktien einer Kommanditgesellschaft auf Aktien verkauft und später den Restbetrag in die Gesellschaftskasse einzahlt, kann Ersatz dieser Einzahlung von seinem Käufer verlangen.** Denn war der Käufer durch seinen Eintritt in die Gesellschaft zur Vollzahlung der Aktien verpflichtet, so ist darin, daß der Verkäufer diese Zahlung geleistet, eine Verwendung in den Nutzen des Käufers zu finden, zu deren Erstattung der Käufer nach §§. 262. 268. 269 A. L.-R. I. 13 verpflichtet ist. R. III. (46.) 162—164.

Art. 184.

Der Art. 184 bezieht sich sowohl auf das Urkapital wie auf die Erhöhungen. R. II. (34.) 134. Art. 184.

Einwirkung des Umstandes, daß das eingetragene Kapital in Wirklichkeit nicht aufgebracht, auf die Verpflichtung aus der einzelnen Zeichnung. Der Einwand, daß das Emissionskapital nicht vollständig aufgebracht worden sei, ist nicht zulässig. [VII. (63.) 241. XX. (72.) 279. R. II. (34.) 131. Vgl. auch Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 24, S. 488. Siehe noch bei Art. 223.] Was bei der Errichtung hier gilt, muß auch bei eingetragener Erhöhung gelten. Ist das Kapital eingetragen, so muß der einzelne Zeichner erfüllen und kann, wenn die Gesellschaft in Wahrheit das ganze Kapital nicht aufgebracht hatte oder es zum Theil durch Scheinzeichnungen decken ließ, nur soweit er hierdurch beschädigt ist, Schadensansprüche gegen die Schädiger geltend machen. R. II. (34.) 131.

Die Gesellschaft kann nicht wirksam vom Zeichner ihre eigenen, noch nicht voll eingezahlten Aktien zurückkaufen und sich verpflichten, statt seiner die rückständigen Einzahlungen selbst bei sich zu machen, bez. ihn davon zu liberiren. R. II. (34.) 134.

Wirkung der Vereinbarung von Bedingungen oder Vorbehalten gegenüber der solche nicht enthaltenden schriftlichen Aktienzeichnung. Hierüber folgendes: Bei der offenen und bei der einfachen Kommanditgesellschaft werden nur Erklärungen, betheiligt zu sein, eingetragen. Die Sicherung des Publikums liegt hier darin, daß die Erklärenden nach Maßgabe dieser Erklärungen haftbar werden, ohne Rücksicht auf ihre wirklichen Vereinbarungen. Um das interne Verhältniß kümmert sich das Gesetz nicht. Intern hat daher hier jede wirkliche Vereinbarung Anspruch auf Beachtung. Bei der Aktienkommandit- und Aktiengesellschaft wird die Thatsache der Existenz einer Gesellschaft mit einer bestimmten Grundverfassung durch die Eintragung zum Ausdruck gebracht. Das Gesetz, bezw. die Aufsichtsbehörden, kümmern sich hier darum, daß die Gesellschaft intern so beschaffen, daß sie dem Publikum die nöthigen Sicherheiten zu gewähren vermag. Sie kommt daher auch nur mit derjenigen Verfassung zu stande, die als begründet den Behörden nachgewiesen wird. Entsteht aus Gründen der öffentlichen Rechtsordnung durch Erklärungen handelnder Personen ein Rechtsverhältniß lediglich unter Mitwirkung der staatlichen Autorität und nach Prüfung der Erklärungen durch diese Autorität, so entsteht es auch allseitig lediglich nach Inhalt dieser der Prüfung anheimgegebenen Erklärungen. Verlangt das Gesetz die Kundgebung des ganzen Vertragswillens vor seinen Organen, um ihm durch diese nach erfolgter Prüfung erst Wirkung zu verleihen, so

können hierbei zurückgehaltene Willensäußerungen überhaupt auf das infolge der Kognition der Behörde begründete Rechtsverhältniß keinen Einfluß üben. Alle Betheiligten gelten als Kontrahenten nach Maßgabe derjenigen Erklärungen, auf Grund deren mit ihrem Willen die Eintragung erfolgt ist. Diejenigen Theile ihrer wirklichen Willenserklärung, welche in dem von ihnen vor dem Registerrichter erklärten Vertrage nicht zu Tage getreten sind, wurden nicht Gegenstand des Eintrages und daher auch nicht Theile der Grundverfassung der entstehenden Gesellschaft. Was aber eingetragen wird, ist, daß ein aus lauter unbedingten, von Gegenleistungen unabhängigen Betheiligungen bestehendes Grundkapital sich gebildet habe, und daß eine Gesellschaft mit diesem Grundkapital existire. Dies wird eingetragen auf Grund der Zeichnungen, gleichviel ob die Nachweise von deren Vorhandensein dem Registerrichter durch Vorlegung dieser Zeichnungen selbst oder auf Grund derselben ausgestellter Bescheinigungen geführt werden. Die zum Zweck dieser Nachweise aufgestellte Zeichnung kommt nicht als irgend eine Betheiligungserklärung, welche noch durch andere außer ihr abgegebene Erklärungen oder empfangene Zusicherungen eine Ergänzung oder Berichtigung erfahren könnte, sondern als behufs der Eintragung der Thatsache der Errichtung einer Gesellschaft mit einem bestimmten ihr unbedingt gehörenden Grundkapital bekundeten ganzen Inhalt der entsprechenden Betheiligung in Betracht. L e d i g l i c h n a c h M a ß g a b e d i e s e s I n h a l t e s e n t s t e h e n d i e R e c h t e d e r G e s e l l s c h a f t. Es kann nicht der Rechtszustand eintreten, daß, während der Registerrichter wähnt, eine Gesellschaft mit unbedingten Rechten auf ein bestimmtes Grundkapital einzutragen, er in Wahrheit eine solche mit lauter lediglich bedingten Rechten einträgt. (Die Rechtslage, welche eintritt, wenn die Zeichnung selbst die Bedingung enthält, dies aber vom Registerrichter oder den Bescheinigern übersehen wird, ist hier nicht erörtert.) **Geltung der gleichen Grundsätze für Aktienzeichnungen auf Kapitalserhöhungen, wenn die Bedingungen von den Gesellschaftsorganen selbst bewilligt sind.** Obige Auffassung muß, wie für die Errichtung, so auch für die eingetragene Erhöhung gelten. Der Unterschied, daß im ersteren Falle diejenigen, welche die Bedingungen bewilligen, die Zusicherungen machen, Dritte sind, während es im zweiten Falle die Gesellschaft selbst durch ihre Vertreter thut, ist nicht von Belang. Die alte Gesellschaft mag als Gründerin der neuen Emission die Bedingungen bewilligt, die Zusicherungen gemacht haben. Die neue bezw. neugebildete Gesellschaft — denn eine solche liegt bei der Erhöhung vor — erwirbt die Rechte nach Maßgabe des vorbehaltlosen Zeichnungsscheines. Sie mag, weil sie doch zugleich die Rechtsnachfolgerin der alten ist, dem Zeichner haftbar sein für sein Interesse, daß er nicht gezeichnet hätte. Dieser Anspruch wird in der Regel darin scheitern, daß es, wie seine Ausstellung des vorbehaltlosen Zeichnungsscheines indizirt, auf eine Umgehung des Gesetzes auch von ihm abgesehen war. R. II. (34.) 132—134.

Rechtliche Wirkung des Umstandes, daß eine Aktienkommanditgesellschaft von ihrem Zeichner dessen noch nicht vollgezahlte Aktien in Verkaufskommission genommen, auf die Verpflichtung des Zeichners zur Vollzahlung. — Verhältniß des Art. 376 Abs. 3 zu Art. 184 H.-G.-B. — Der Art. 184 bestimmt, daß die Aktienkommanditgesellschaft den ursprünglichen Zeichner, so lange der Betrag seiner Aktie noch nicht vollständig eingezahlt ist, seiner Verbindlichkeit zur Einzahlung des Rückstandes nicht ent-

lassen kann. Hieraus ergiebt sich, daß jede Erklärung solcher Entlassung seitens der Gesellschaft, bez. ihrer Organe, rechtlich als nicht vorhanden zu erachten ist, aber zugleich doch auch nothwendig, daß auch jeder von der Gesellschaft gegen Zeichner eingegangenen Verpflichtung, diese Entlassung vorzunehmen, die Wirksamkeit versagt werden muß. Das Gesetz macht keine Ausnahme für den Fall, daß etwa eine Verpflichtung zu solcher Entlassung durch ein ihr selbst vorausgehendes Rechtsgeschäft von der Gesellschaft eingegangen worden, und eine solche Ausnahme wäre mit dem prohibitiven, die Sicherheit der Erhaltung des Grundkapitales im Interesse des Publikums bezweckenden Charakter des Gesetzes, welches andernfalls ganz wirkungslos wäre, unverträglich. Insoweit sich also bei einem von der Gesellschaft mit einem Zeichner geschlossenen Rechtsgeschäft als der Gesellschaft obliegende Erfüllung die Bewirkung jener Entlassung ergiebt, kann das Rechtsgeschäft die gedachte Wirksamkeit nicht äußern. Dabei erscheint es unerheblich, ob das Rechtsgeschäft die Verpflichtung zu jener Entlassung zum Gegenstande oder nur zu der nach der Natur des Rechtsgeschäftes und seiner Behandlung im Gesetz sich ergebenden Wirkung hat, und ob diese Wirkung unmittelbar oder nur für den Fall bestimmter Handlungen oder Unterlassungen der Gesellschaft eintreten kann. Der Rechtseffekt des Entlassenseins des Zeichners von der gedachten Verbindlichkeit vor völliger Einzahlung wird jeder Rechtshandlung der Gesellschaft, gleichviel wie unmittelbar oder mittelbar dieselbe auf jenen Effekt gerichtet ist, versagt. So ist die Uebernahme einer Verkaufskommission seitens einer Aktienkommanditgesellschaft gegenüber ihrem Zeichner in Bezug auf die von diesem gezeichneten und nicht voll eingezahlten Aktien nichts Unerlaubtes; allein eine solche Uebernahme ist nur dann rechtswirksam, wenn und insoweit sie Leistungen, welche dem Art. 184 nicht widersprechen, zum Gegenstande hat. Der Art. 376 Abs. 3 kann aber den Art. 184 im Verlauf der Ausführung der Uebernahme einer Verkaufskommission nicht überwinden und kann somit der Aktienzeichner bezüglich der von ihm nicht voll eingezahlten und der Aktienkommanditgesellschaft in Verkaufskommission gegebenen Aktien von der letzteren als zu leistende Erfüllung der übernommenen Verkaufskommission in Betreff ihrer eigenen Aktien in Rücksicht auf eine ertheilte Verkaufsanzeige ohne Nennung des Käufers nicht die Entlassung aus der durch die Zeichnung begründeten Verbindlichkeit in Betreff der Nachzahlung fordern beziehungsweise es kann die Aktienkommanditgesellschaft die Befreiung des Aktienzeichners wegen dieser Nachzahlungen bei sich selbst, als der auf die Nachzahlungen Berechtigten, nicht herbeiführen, denn dies hieße nichts anderes, als den Aktienzeichner von der Verbindlichkeit für die Nachzahlungen entlassen, und zu einer solchen Entlassung kann sich die Aktienkommanditgesellschaft nicht rechtswirksam verpflichten. R. II. (13.) 41—43.

Qualificirung des **Einwandes des Zeichners, er brauche nur gegen Empfang von Aktien zu zahlen,** in dem Falle, daß infolge vereinbarter Scheinzeichnung die Gesellschaft die Aktien vom Zeichner zurückgenommen und anderweitig begeben hat. Dieser Einwand wurde bei der Besonderheit des vorwürfigen Falles auf Grund der Unzulässigkeit der ganzen Abrede und der rechtlichen Unwirksamkeit ihrer Ausführung für unbegründet erachtet. Wenn der Zeichner die Weiterbegebung der Aktien als mit seiner Genehmigung erfolgt ansehen muß, so hat er eben dieselben bereits bekommen. R. II. (34.) 134. 135.

Eine Kommanditaktiengesellschaft hatte eigene bereits ausgegebene Aktien erworben und wieder verkauft. Es handelt sich nun um die Frage, **ob der Käufer derselben für die ausstehenden Aktienbeträge haftbar ist.** Hierüber folgendes: Für die Aktienzeichnung gelten wegen der diesem Akte vom Gesetze beigemessenen Funktion besondere von den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechtes nicht beherrschte Gesichtspunkte. [R. II. (34.) 130 ff.] Ganz wesentlich verschieden von der Aktienzeichnung nach denjenigen Richtungen, welche für deren Beurtheilung in gedachter Hinsicht ausschlaggebend sind, ist der Erwerb bereits ausgegebener Aktien von der Gesellschaft. Beim Mangel einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung liegt ein Anhalt für die Annahme, es müsse jeder Aktienerwerb, bez. jeder Eintritt als Aktionär, den dabei getroffenen ausdrücklichen Abmachungen und Einschränkungen zuwider, die Wirkung unbedingter und uneingeschränkter Verpflichtung als Aktionär haben, am allerwenigsten bei der Kommanditaktiengesellschaft vor, bei welcher nur für den ursprünglichen Zeichner — Art. 184 H.-G.-B. — die Bestimmung ausdrücklich getroffen ist, daß er seiner Verbindlichkeit gegen die Gesellschaft nicht entlassen werden könne. Den Rechtsgrund der Verpflichtung als Aktionär aber im Gegensatze zu dem auf deren Begründung gerichteten Rechtsgeschäfte, bei welchem eben alle Abmachungen zu berücksichtigen sind, in bloßen Thatsachen und deren unabweislichen gesetzlichen Folgen finden zu wollen, erscheint unzutreffend. Es wird für die Kommanditaktiengesellschaft bezweifelt, ob selbst im Falle der Eintragung des neuen Erwerbers im Aktienbuche — die Einwilligung desselben hierzu natürlich vorausgesetzt — eine Verpflichtung desselben für den noch ausstehenden Betrag der Aktien gegen die Gesellschaft entsteht. (Vgl. Renaud, Recht der Kommanditgesellschaften, S. 737 gegen Entsch. des R.-O.-H.-G.'s, Bd. 6, S. 149. Vgl. Entsch. des R.-G., Bd. 3 Nr. 46, S. 162 bei Art. 182.) Jedenfalls aber entsteht eine solche nicht schon durch die bloße Thatsache des Erwerbes der Aktie, sodaß etwa schon infolge der Thatsache der Veräußernng seitens des Zeichners oder eines anderen Aktionärs die Gesellschaft Rechte gegen den Erwerber, insbesondere unter Ignorirung entgegenstehender Abmachungen zwischen Veräußerer und Erwerber, herleiten könnte. Will man im Falle des Erwerbes von der Gesellschaft selbst, deren Aktien es sind, mit oder ohne Zuhilfenahme konkludenter Genehmigung zur Eintragung im Aktienbuche, eine Verpflichtung des Erwerbers gegen die Gesellschaft annehmen, so kann es immer nur auf Grund der Auslegung des dem betreffenden Erwerbe zu Grunde liegenden Willens geschehen. Ob man das Wesen des Verpflichtungsgrundes in der rechtsgeschäftlichen Eigenschaft des Aktienerwerbes als Kauf oder in einer davon unabhängigen Uebernahme einer Verpflichtung als Aktionär finden will, immer liegt der Rechtsgrund in einem rechtsgeschäftlichen, ausdrücklich oder konkludent erklärten Willen, bei dem eine Berücksichtigung alles Erklärten stattfinden muß. **Bei einem solchen Verkaufe kann also — anders wie bei der Aktienzeichnung — die Wirkung solcher Haftung ausgeschlossen werden.** (Eine Bestimmung des Statutes der Kommanditgesellschaft, wonach jeder Erwerber einer Aktie für die Verpflichtungen des Zeichners haftbar werden soll, muß aber ganz außer Betracht bleiben, da Jemand nicht einer Bestimmung des Statutes unterworfen sein kann, wenn er unter von jener Bestimmung abweichenden, von der Gesellschaft ihm zugestandenen Bedingungen Aktien von derselben erworben hat.) R. VII. (29.) 86. 87.

Art. 204.

Ueber die **Verantwortlichkeit des Aufsichtsrathes im Interesse des kreditgebenden Publikums** siehe Art. 245, Abs. 4 ad R. VII. (34.) 106. 107. Art. 204.

Dritter Titel.

Von der Aktiengesellschaft.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Grundsätze.

Art. 207.

Befugniß französischer Aktiengesellschaften, in Elsaß-Lothringen vor Gericht zu stehen. R. VI. (34.) 134—142. Art. 207.

Unter „**Einlage**“ oder „**Vermögenseinlage**“ ist nicht nur die in baarem Gelde, sondern auch die in anderen Gegenständen gemachte Einlage zu verstehen. R. II. (80.) 306.

Art. 208.

Ueber die Frage, **ob aus Art. 208 folgt, daß zur Rechtswirksamkeit der Ratihabition einer durch Unterschrift mit dem Namen des Ratihabenten seitens eines Dritten vorgenommenen Aktienzeichnung die Schriftform der Ratihabition wesentlich ist,** siehe bei Art. 174 ad R. IV. (83.) 307—323. Art. 208.

Art. 209.

Die rechtliche Besonderheit der Aktiengesellschaft, Beschränkung der Haftung des Aktionärs und Zulässigkeit der Stellung der Aktien auf Inhaber, und die durch diese Besonderheit ermöglichte Betheiligung einer großen Anzahl von Gesellschaftern, macht die **feste Organisation der Aktiengesellschaft und die genaue Feststellung der Kompetenz der einzelnen Organe derselben** zur **Nothwendigkeit.** Wenngleich in dieser Beziehung dem Privatwillen Freiheit eingeräumt ist, so hat der Gesetzgeber doch für nothwendig erachtet, gewisse allgemeine Grundsätze aufzustellen, welche für alle Aktiengesellschaften gelten. Das Recht läßt nur diejenigen Aktiengesellschaften zu, welche nach diesen Grundsätzen organisirt sind, und erkennt Beschlüsse und Handlungen derselben nur dann als rechtsbeständig an, wenn sie nicht gegen gewisse allgemeine Rechtsregeln verstoßen. Dadurch ist die Bildung der Aktiengesellschaft erschwert, insbesondere aber ihrer Thätigkeit eine Schranke gezogen, welche im einzelnen Falle die erfolgreiche Wahrnehmung der wirthschaftlichen Interessen der Aktiengesellschaft hemmen kann; andererseits aber sind dadurch die Interessen Dritter und der einzelnen Aktionäre gegen Benachtheiligung geschützt. Strenge Befolgung dieser Bestimmungen ist umsomehr geboten, als die Aktiengesellschaft eben wegen ihrer begrifflichen Besonderheit nur durch Organe handeln kann, — und wenn auch das Hauptorgan, die Generalversammlung, durch die Aktionäre gebildet wird, doch regelmäßig maßgebend nur sein kann der Wille der Art. 209.

Mehrheit der Erschienenen. Nur wenige der gesetzlichen Bestimmungen hat der Richter von Amts wegen zur Anwendung zu bringen; dagegen hat der einzelne Aktionär ein Recht darauf, daß von den Gesellschaftsorganen den gesetzlichen Bestimmungen gemäß verfahren werde, und kann zur Realisirung dieses Rechts die richterliche Hilfe anrufen. In Betracht kommen können hierbei nur die Rechtsnormen, nicht das Interesse der Gesellschaft. Wie einerseits bei gesetzmäßigem Verhalten der Organe der Gesellschaft der einzelne Aktionär nicht geltend machen kann, daß der gefaßte oder ausgeführte Beschluß den Interessen der Gesellschaft zuwiderlaufe, so so kann andererseits bei rechtswidrigem Vorgehen der Gesellschaftsorgane dem Anfechtungsrecht des einzlnen Aktionärs der Einwand nicht wirksam entgegengestellt werden, daß der rechtswidrig gefaßte Beschluß den Interessen der Gesellschaft förderlich gewesen sei. R. III. (39.) 125—126.

Die Generalversammlung der Aktionäre ist befugt, die Ueberlassung des Betriebes des Unternehmens derselben an einen anderen gegen eine den Aktionären zu zahlende Dividende von jährlich gleichem Betrage zu beschließen. Eine Abänderung des Gegenstandes der Unternehmung der Aktiengesellschaft, welche nach Art. 215 nicht hätte durch Stimmenmehrheit beschlossen werden können, ist darin nicht zu erblicken. War z. B. Zweck der Gesellschaft und Gegenstand ihres Unternehmens nach dem alten Statut der Bau und Betrieb einer Eisenbahn und ist auf diesen Gegenstand das Unternehmen der Aktiengesellschaft auch nach dem Betriebsüberlassungsvertrage und der damit zusammenhängenden Statutenänderung gerichtet, so haben sich nur die Mittel zur Erreichung des unverändert gebliebenen Gesellschaftszweckes geändert, indem der Betrieb der Eisenbahn durch den anderen Uebernehmenden gegen eine feste jährliche Vergütung an die Stelle des bisherigen Selbstbetriebes gesetzt wurde. Nach wie vor besteht das Unternehmen der Gesellschaft darin, durch den Betrieb der Eisenbahn Einkünfte zu ziehen und dieselben unter die Aktionäre nach Verhältniß ihrer Aktien zu vertheilen. Ob es für die Aktionäre vortheilhafter sei, die Eisenbahn selbst zu betreiben oder durch einen Andern betreiben zu lassen und im letzteren Falle den Betrieb für Rechnung der Gesellschaft oder gegen eine an die Gesellschaft zu zahlende Vergütung von festem Betrage für Rechnung des Dritten geschehen zu lassen, ist eine Frage des Interesses, welche die Generalversammlung zu entscheiden befugt ist. Darin, daß an die Stelle einer schwankenden eine feste Dividende gesetzt wird, kann eine Verletzung des Rechtes der einzelnen Aktionäre nicht gefunden werden. R. III. (39.) 128. Siehe noch bei Art. 227 eodem.

Ziff. 1. Grund, warum der Sitz **der Handelsgesellschaft** eingetragen werden muß. Siehe hierüber bei Art. 86 Nr. 2 ad RA. IV. (280.) 627.

Ueber die **Wirkung der Verlegung des Sitzes einer in Deutschland bestehenden Aktiengesellschaft in das Ausland** siehe Art. 213 ad R. VII. (23.) 69—72.

Ziff. 3. Mangels einer Einschränkung durch das Statut steht der Generalversammlung das Recht zu, die im Statute festgesetzte Zeitdauer der Aktiengesellschaft durch Mehrheitsbeschluß wirksam zu verlängern. Daß bei der Aktiengesellschaft des deutschen Handelsgesetzbuches auch die Aenderung des einmal errichteten und eingetragenen Gesellschaftsvertrages selbst nicht außerhalb der Gesellschaftsangelegenheiten liegt, über welche die Gesammtheit der Aktionäre durch Beschluß in der Generalver-

sammlung verfügungsberechtigt ist, folgt aus den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches selbst, wenn man bei ihrer Auslegung, wie bei einer Gesetzesauslegung geboten, statt von einer in einem bestimmten Sinne gezogenen rein begrifflichen Konsequenz aus im Gesetze deren Verwerfung mit ganz ausdrücklichen Worten zu suchen, diejenige Auffassung in Berücksichtigung zieht, welche in Bezug auf den Umfang der Autonomie der von bestimmten Personen der Betheiligten absehenden, auf jeweilige Mitgliedschaft basirten, zur Bethätigung gemeinsamer Willensakte organisirten Vereinigungen zur Zeit der Errichtung des H.-G.-B.'s nach wiederkehrenden ausdrücklichen Vereinbarungen, Gewohnheit, positiven Gesetzen und Gesetzentwürfen im Vordergrunde stand. Für die Privatkorporationen des gemeinen Rechtes ist die Autonomie der Korporationsschlüsse auch für Verfassungsänderungen als zum mindesten überwiegend in Uebung bezeugt. (Vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, §. 53 Nr. II, S. 350 [2. Aufl. S. 423]; Reyscher, Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. 16, S. 179 flg.) Nach dem preuß. A. L.-R. II. 6. §§. 11. 13. 14. 29. 30. 31. 51 flg. gehörten auch für die sogenannten „erlaubten Gesellschaften mit den inneren Rechten der Korporationen" nichtfundamentale Veränderungen der Verfassung zur Zuständigkeit von Gesellschaftsbeschlüssen. Danach kann für das preuß. Aktiengesetz vom 9. November 1843, welches im § 8 die Aktiengesellschaften ausdrücklich für juristische Personen erklärte, kein Bedenken obwalten, daß unter der Veränderung oder Verlängerung des Gesellschaftsvertrages, welche der landesherrlichen Genehmigung bedürfen sollte, im §. 4 im Hinblicke auf §. 2, Nr. 7 und 8 — die Analogie mit Art. 214 und 209 Nr. 10 und 11 H.-G.-B. ist unverkennbar — eine als zur Zuständigkeit der Gesellschaft gehörig erachtete Veränderung zu verstehen ist. Auf dem gleichen Standpunkte prinzipieller Zuständigkeit der Aktiengesellschaft, bezw. der Generalversammlung für Veränderungen der Verfassung, stehen nach den ausdrücklichen Erklärungen in den Motiven sowohl der Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg, Art. 256. 266. 271, Motive S. 225, wie insbesondere der preußische Entwurf zum H.-G.-B. Art. 180. 144, Motive S. 90 und 93. Beide Entwürfe beanspruchen für ihren Gesetzestext das Verständniß, daß, wo in denselben Verfassungsänderungen behandelt und für deren Beschließung keine besonderen Erfordernisse aufgegestellt waren, die Aenderungen als zur Zuständigkeit der Gesellschaft mittels der vereinsgemäßen Beschlußfassung in Gesellschaftsangelegenheiten überhaupt gehörig zu erachten seien. Beide erachteten bei dem aus der Gesammtheit ihrer Dispositionen sich ergebenden Sinne das ausdrückliche Aussprechen dieses Satzes für entbehrlich. Unberücksichtigt darf nicht bleiben, daß sowohl gedachte Entwürfe wie das Handelsgesetzbuch selbst die staatliche Genehmigung der Errichtung wie der Vertragsabänderung als Regel voraussetzten, sodaß mit Rücksicht auf diesen Schutz berechtigter Minderheitsinteressen kein Bedenken vorlag, die Unterordung des einzelnen unter die Gesammtheit auch im Sinne gewollter Ermächtigung an diese, den Verein zu der sich im Laufe der Zeit als angemessener herausstellenden Organisation aus- oder umgestalten zu lassen, aufzufassen. In den Motiven zum preußischen Entwurfe S. 93 ist dieser Gesichtspunkt ausdrücklich ausgesprochen. Das Handelsgesetzbuch, dessen hier in Betracht kommender Gesetzestext in Anordnung wie Wortinhalt keine irgendwie erhebliche Abweichung von dem preußischen Entwurfe zu Gunsten einer veränderten Auffassung aufweist, kennt gemäß Art. 209,

Nr. 10 und 11 und Art. 224 als Regel überhaupt keine anderen Willensbethätigungen der Aktionäre in Gesellschaftsangelegenheiten als mittels Beschlusses in der Generalversammlung als des Ergebnisses einfacher oder qualifizirter Stimmenmehrheit. Daß aber von solcher Willensbethätigung auch Aenderungen des Gesellschaftsvertrages nicht ausgeschlossen sein sollten, ergiebt mittels des stärksten argumentum e contrario der Art. 215 Abs. 1 und 2. Noch evidenter hob sich diese Wirkung des Art. 215 im preußischen Entwurfe ab, wo die betreffende Bestimmung als Art. 180 unter einem ersten Abschnitte „allgemeine Grundsätze" vor einem Abschnitte „die Errichtung der Aktiengesellschaft" und den darin erst enthaltenen Bestimmungen der jetzigen Art. 209 fg. über Errichtung und Organisation stand. Hier wurden also zunächst diejenigen Vertragsänderungen eximirt, auf welche sich die Wirksamkeit der gesellschaftlichen Organisation nicht zu erstrecken habe, und sodann erst diese Organisation ohne Einschränkungen normirt. Eine Interpretation des Art. 215 im Sinne der Unterstellung, das Gesetz setze einen allgemeinen Vorbehalt der Statutenänderung als im Statute vorgesehen voraus, widerspricht auf's klarste den Motiven zum preußischen Entwurfe S. 90. Diese Motive hat die Nürnberger Kommission nicht beanstandet, den jetzigen Art. 215, §. 180 des Entwurfes, vielmehr ohne jede materielle Erinnerung angenommen (Prot. S. 314). Als Bestärkung der Richtigkeit des Argumentes aus Art. 215 stellt es sich ferner dar, daß in den Art. 214 und 248, sowie mittelbar auch in Art. 240 Abänderungen des Gesellschaftsvertrages als Gegenstand des Beschlusses der Generalversammlung bezeichnet, bezw. vorausgesetzt sind. Ueberall hier als vom Gesetze vorausgesetzt unterstellen zu wollen, daß auch das Statut der Generalversammlung die Abänderungsbefugniß übertragen habe, erscheint willkürlich, steht bei Art. 248 mit dem Gesetzestexte, bei Art. 240 mit der Gesetzestendenz in offenbarem Widerspruche und wird für Art. 214 durch die Motive zum entsprechenden Art. 184 des Entwurfes widerlegt. Nun ist allerdings dem Art. 215 nicht die Bedeutung beizumessen, daß danach für alle Aktiengesellschaften mangels ausdrücklicher Einschränkung im Statute jede Veränderung des Gesellschaftsvertrages bis auf Gegenstandsänderung und Fusion durch Beschluß der Generalversammlung für unbedingt zulässig erklärt wäre. Aber aus der ausschließlichen Hervorhebung dieser beiden Fälle durch das Gesetz ist zu folgern, daß damit die abstrakt wesentlichen erschöpft sind und die Aenderung anderer Vertragselemente, insbesondere solcher, die der Gesetzgeber als konstitutive vor sich hatte — wie nach Art. 209 und 242 Nr. 1 die Zeitdauer — und doch nicht (entsprechend Art. 215) eximirte, nicht ohne weiteres, sondern nur unter dem Gesichtspunkte individueller Wesentlichkeit jenen Fällen gleichstellbar ist. Was speziell die Zeitdauer anlangt, so sprach der württembergische Entwurf im Art. 266 ausdrücklich aus, daß die Gesellschaft ihre Verlängerung gültig beschließen könne, und verlangte nur hierfür eine bestimmte qualifizirte Stimmenmehrheit. Das Handelsgesetzbuch hat sich jeder eigenen Stimmrechtsqualifizirung, wenn man von dem Gegensatze zur Stimmenmehrheit in Art. 215 Abs. 1 und der darüber herrschenden Kontroverse absieht, enthalten. Aber seine positive Entscheidung im Sinne der Zuständigkeit der Generalversammlung für Verlängerungen ist aus Art. 214 zu entnehmen. Dort ist die Fortsetzung der Gesellschaft als Gegenstand der Beschlußfassung der Generalversammlung gesetzt. Die Generalversammlung ist aber begrifflich Gesammt-

heitsorgan zur Aeußerung eines Willensaktes der Gesammtheit durch auf Stimmgebung beruhenden Beschluß und steht im Gegensatze zur Bethätigung von Einzelwillen seitens der einzelnen. Eine Argumentation, daß, weil im Art. 214 neben der Fortsetzung noch schlechthin von „Abänderung der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages" und nicht von sonstiger Abänderung die Rede ist, man unter der Fortsetzung die im Statute schon zugelassene, aber doch immer noch eines Beschlusses bedürftige zu verstehen habe, könnte für zutreffend nicht erachtet werden. Subtil genommen, liegt Veränderung der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages auch dann vor, wenn die Veränderung im Gesellschaftsvertrage als von der Generalversammlung beschließbar schon vorbehalten war. Der aktuelle Rechtszustand wird immerhin geändert, auch wenn es auf Grund einer der Generalversammlung zustehenden Befugniß geschieht. Geht man aber einmal von der strengsten Unterscheidung ab, so kann man auch von der Auffassung aus, daß, sofern die Verlängerung im Statute nicht ausgeschlossen ist, sie die Wirksamkeit der Grundverfassung nur erstreckt, sich aber mit deren Inhalte nicht in Widerspruch setzt, dazu gelangen, von der Fortsetzung neben der Aenderung des Statutes zu sprechen. Auf dieser Auffassung beruht die entsprechende Ausdrucksweise im §. 4 des preußischen Aktiengesetzes vom 9. November 1843 — „Veränderung oder Verlängerung des Gesellschaftsvertrages". — Der Entwurf zum Handelsgesetzbuche hatte noch deßhalb Veranlassung, besonders von der Fortsetzung zu sprechen, weil er die Festsetzung einer bestimmten Zeitdauer für erforderlich erachtete (vgl. Art. 182 Nr. 3). Diese Auffassung der Art. 214. 215 in Bezug auf die Zeitdauer wird dadurch bestärkt, daß, wenn man die Frage ihrer präsumtiven Wesentlichkeit faktisch dahinstellt, ob man sie im Zweifel als im Interesse der Gesellschaft und der Gesammtheit in der Absicht normirt erachten will, daß einmal eine, abgesehen von etwaiger Beseitigung durch Statutenänderung, bestimmte Zeit für Ausbreitung des Unternehmens gegeben ist, andrerseits die Gesammtheit in die Lage kommen soll, unter Berücksichtigung der dereinstigen, jetzt noch gar nicht absehbaren Verhältnisse gegen Ende jener Zeit sich über etwaige Fortsetzung schlüssig zu machen, oder ob man sie als im Interesse des einzelnen zwecks Realisirung seiner Aktie in jenem Zeitpunkte durch Liquidation normirt ansehen will, mangels individueller Besonderheiten das erstere das Natürlichere ist. In der Regel ist die Dauer für einen längeren Zeitraum normirt. Die Verhältnisse bei Ablauf dieses Zeitraumes für das Unternehmen, für den Vortheil oder Nachtheil alsdann stattfindender Liquidation sind zur Zeit der Normirung in der Regel noch nicht absehbar. Der Einwand, gerade deßhalb habe sich der einzelne das Recht eigener Entschließung für jenen Zeitpunkt wahren wollen, trifft nicht zu, denn, soll dabei die Wahlmöglichkeit der Fortsetzung des Unternehmens mit ins Auge gefaßt sein, so wird sie durch das gleiche freie Weigerungsrecht jedes Mitaktionärs aufgehoben. Sie kann nur bei einem Vertrauen auf den vernünftigen Sinn der Mehrheit Befriedigung finden. Der Satz, der Kontrahent habe sich nicht für länger gebunden, ist rechtlich wie thatsächlich unzutreffend. Die Aktiengesellschaft entsteht zwar auf Grund der Vereinigung von ersten Gründungskontrahenten. Aber einmal entstanden, beruht ihr Wesen nicht in einer Fortsetzung der Vereinigung von Personen in ihrer Eigenschaft als erster Gründungskontrahenten oder Rechtsnachfolger derselben. Es kann auch von einer Verpflichtung auf Zeit nicht gesprochen

werden. Die Einlage ist endgültig und ohne Zeitbeschränkung einem Vereine unterstellt, zu dessen Verfassung die bestimmte Zeitdauer gehört, und es ist nach dem dabei gewollten Verhältniß der Mitglieder als einzelner zur Gesammtheit zu entscheiden, ob die Zeit im Sinne eines Rechtes des einzelnen gesetzt ist, zu derselben auf Umsetzung des Gesellschaftsvermögens in Geld behufs Realisirung seines Antheiles bestehen zu dürfen. Daß der Aktionär nach dem Gesetze einen verhältnißmäßigen Antheil am Gesellschaftsvermögen nach der Auflösung, bezw. ein Recht auf Liquidation hat, erscheint für die Entscheidung der Zulässigkeit des Verlängerungsbeschlusses ohne Belang. Daraus, daß für den Fall der Auflösung bestimmte Rechte dem Aktionär erworben sind, folgt noch nichts dafür, daß durch die Zeitbestimmung für die Auflösung ihm auch ein Recht auf diese Zeit erworben sei. R. VI. (32.) 120—125.

Ziff. 11. Ueber **Verlängerung der Aktiengesellschaft durch Beschluß der Generalversammlung** siehe bei Ziff. 3 d. Art. ad R. VI. (32.) 120—125.

Art. 209a.

Art.209a. **Statutarischer Vorbehalt der Einziehung des Aktienrechtes bei Einzahlungsverzug. Unwirksamkeit der Festsetzung, daß der Zeichner sich durch Aufgabe des Aktienrechtes von weiteren Einzahlungen soll befreien dürfen.** Siehe bei Art. 220 ad R. II. (7.)14—22.

Art. 209b.

Art.209b. **Wenn bei Errichtung einer Aktiengesellschaft ein Aktionär eine auf das Grundkapital anzurechnende Einlage macht, welche nicht in baarem Gelde besteht, so ist die gemäß Art. 209b. in dem Gesellschaftsvertrage enthaltene Festsetzung des Werthes der Einlage nicht als ein vom Gesellschaftsvertrage verschiedenes Geschäft im Sinne des Satzes 1 der allgemeinen Vorschrift des Stempeltarifs des preußischen Gesetzes wegen der Stempelsteuer vom 7. März 1822 anzusehen.** Die einzelnen Positionen im Tarife zum Stempelgesetze vom 7. März 1822 führen die Geschäfte, von deren Beurkundung der dort beigesetzte Stempel erhoben werden soll, nur mit den civilrechtlichen Benennungen auf, und kann es demnach und in Ermangelung irgend einer entgegenstehenden Vorschrift des Gesetzes, einem Zweifel nicht unterliegen, daß auch nur nach den Grundsätzen des Civilrechtes zu beurtheilen ist, ob in einem angegebenen Falle die Merkmale eines solchen Geschäftes — also bespielsweise eines Kaufvertrages — vorliegen. Damit ist aber die Annahme ausgeschlossen, als ob nach der Bestimmung in Ziffer 1 der allgemeinen Vorschriften beim Gebrauche des Stempeltarifes, wonach, wenn eine schriftliche Verhandlung verschiedene stempelpflichtige Gegenstände oder Geschäfte enthält, der Betrag des Stempels für jeden dieser Gegenstände und jedes dieser Geschäfte nach den darauf Anwendung findenden Vorschriften besonders zu berechnen ist, — der Begriff des Geschäftes in einem von dessen civilrechtlicher Bedeutung verschiedenen Sinne aufzufassen sei. Es ist sodann, wie auch in der Rechtsprechung anerkannt, für den Ansatz des Stempels nur das jeweils beurkundete Geschäft, nicht aber die mit dessen Abschlusse beabsichtigte oder eingetretene vermögensrechtliche Veränderung zu berücksichtigen, also die unmittelbar oder mittelbar bewirkte Vermögensübertragung nur dann und insoweit mit der Stempelsteuer zu belegen, als der Tarif eine solche für

das beurkundete besondere Geschäft vorschreibt Es darf hiernach das Einbringen von nicht in Geld bestehendem Vermögen in eine Aktiengesellschaft nicht schon wegen der damit bewirkten Eigenthumsübertragung mit dem für Kauf oder Hingabe an Zahlungsstatt (Allerh. Kabinetsordre vom 13. November 1828) festgesetzten Stempel besteuert werden, es ist vielmehr zu prüfen, ob dieses Einbringen in die Gesellschaft und die Gewährung von Aktien für den Werth desselben sich als ein vom Gesellschaftsvertrage verschiedenes Rechtsgeschäft darstelle und die civilrechtlichen Merkmale des Kaufes oder der Hingabe an Zahlungsstatt an sich trage. Die rechtliche Natur und Konstruktion einer Aktiengesellschaft erfordert aber nicht, daß das Grundkapital derselben, mithin auch die Einlagen, in Geld bestehen. Das Handelsgesetzbuch versteht sowohl bei der offenen Handelsgesellschaft wie bei der Kommanditgesellschaft und bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien unter „Einlage" oder „Vermögenseinlage" nicht nur die in baarem Gelde, sondern auch die in anderen Gegenständen gemachte Einlage — vgl. Art. 85. 91. 92. 95. 106. 108. 150. 161. 165. 171. 180. 181. 197 — und bietet mithin die Sprachweise des Gesetzes keinen Anhalt dafür, die Bezeichnung „Einlage" im Art 207 in einem engeren auf Geldeinlage beschränkten Sinne aufzufassen und zwar umsoweniger, als wie die Vergleichung dieses Artikels mit den Art. 85. 150 ergiebt, der Schwerpunkt nicht auf „Einlagen", sondern auf das negative Merkmal zu legen ist, daß bei keinem Gesellschafter persönliche Haftung stattfinde. Dem Bedürfnisse des kaufmännischen Verkehrs und Rechnens entsprechend und in Rücksicht auf die Gewinn- und Verlustvertheilung muß bei allen Gesellschaftsarten eine Schätzung der nicht in baarem Gelde bestehenden Einlagen nach Geld als dem allgemeinen Werthmaße stattfinden und können daher die Art. 207a. 209 Ziff. 4. 209a. 210 Ziff. 4. 216. 217. 219. 220. 221. 222. 223. 225b. Ziff. 1. 239a Ziff. 1 und 3. 248 umsoweniger für die Behauptung angeführt werden, daß die Einlage in eine Aktiengesellschaft nur in baarem Gelde bestehen dürfe, als man sonst aus einzelnen dieser Bestimmungen und aus Art. 240 auch die — jedenfalls unstatthafte — Folgerung ziehen könnte, das Vermögen der Gesellschaft (Gesellschaftskapital) müsse fortdauernd in baarem Gelde erhalten bleiben. Die entgegengesetzte Ansicht findet auch im Art. 180 und in dem diesem nachgebildeten Art. 209b (Ges. vom 11. Juni 1870) und in der Entstehungsgeschichte beider ihre Widerlegung, indem sowohl die Motive zum preußischen Entwurfe des Handelsgesetzbuches (zu den Art. 159. 183), als auch die Berathungen in der Nürnberger Konferenz, wie endlich auch die Motive zur Novelle vom 11. Juni 1870 anerkennen, daß auch das nicht in baarem Gelde bestehende Einbringen gerade so als Einlage gelten solle, wie die Geldeinlage. Was insbesondere den Art. 209b betrifft, so ist die darin vorgeschriebene Schätzung keineswegs als ein rein civilrechtliches Gebot zu dem Zwecke zu betrachten, die Einlage als Kaufobjekt zu kennzeichnen, solches beruht vielmehr vorzugsweise auf dem öffentlichen Interesse, Täuschungen der Aktionäre zu verhüten, wie denn auch dem Werthe der nicht in baarem Gelde bestehenden Einlage nicht ein Preis, sondern die Anzahl der Aktien gegenübergestellt ist, welche für jene gewährt werden und welche den Umfang der Betheiligung bei der Gesellschaft darstellen. Ein etwa aus den übrigen Vorschriften des Art. 209b. hergeleiteter Einwand, derjenige, welcher eine nicht in baarem Gelde bestehende Einlage mache, kontrahire nicht als

Gesellschafter mit allen übrigen Gesellschaftern, sondern als Dritter mit der Gesellschaft, verkennt, daß die Billigung des unter der (gesetzlichen) Bedingung der Genehmigung abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages in der Generalversammlung der Aktionäre nicht den Abschluß eines neuen, gesonderten Vertrages der Aktiengesellschaft mit dem Aktionäre darstellt, welcher die nicht in baarem Gelde bestehende Einlage geleistet hat, und beruht überdies auf der, nach dem Ausgeführten unrichtigen, Unterstellung, die nicht in baarem Gelde geschehene Einlage entbehre den rechtlichen Charakter der Einlage, und sei eben deshalb ein besonderer Vertrag mit einem solchen Aktionäre erforderlich. In allen den Fällen, wo der Betrieb einer Anlage oder eines bestimmten Geschäftes den Anlaß zur Errichtung einer Aktiengesellschaft gegeben hat, ist der Natur der Sache nach die Absicht bei Konstituirung der Gesellschaft nicht sowohl auf das allseitige Zusammenschießen von Geld als vielmehr auf das Einbringen eben dieser Anlage oder dieses Geschäftes gerichtet und zwar nicht für einen Preis, sondern für die in den Aktien sich darstellende Betheiligung des Einbringenden an der Gesellschaft. Es ist übrigens unerheblich, ob thatsächlich oder auch im Sinne des Gesetzes die Einlage von Geld die Regel bildet, da, wenn die Einlage von anderen Gegenständen auch nur ausnahmsweise vorkommt, oder gestattet ist, sie immerhin den rechtlichen Charakter als Einlage behält, und daher in keinem Falle diese Festsetzung als ein neben dem Gesellschaftsvertrage bestehender, mit demselben nur in Verbindung gebrachter besonderer Vertrag, sondern immer eine derjenigen Abreden darstellt, welche in ihrer Gesammtheit den individuellen Gesellschaftsvertrag ausmacht. R. II. (80.) 303—308.

Art. 210.

Art. 210. Ziff. 2. Ueber die **Wirkungen der Verlegung des Sitzes einer in Deutschland bestehenden Aktiengesellschaft in das Ausland** siehe Art. 213 ad R. VII. (23.) 69—72.

Art. 210 a.

Art. 210 a. **Statutarischer Vorbehalt der Einziehung des Aktienrechtes bei Einzahlungsverzug. Unwirksamkeit der Festsetzung, daß der Zeichner sich durch Ausgabe des Aktienrechtes von weiteren Einzahlungen soll befreien dürfen.** Siehe bei Art. 220 ad R. II. (7.) 14—22.

Art. 211.

Art. 211. **Das rechtliche Bestehen einer Aktiengesellschaft, deren Organe nach erfolgter Eintragung derselben in das Handelsregister Schulden kontrahirt haben, kann von einem auf Einzahlung des gezeichneten, aber nicht gezahlten Betrages zum Zwecke der Tilgung jener Schulden belangten Aktionär wegen ungenügender Aktienzeichnung nicht angefochten werden.** Nach dieser Eintragung, wodurch die Aktiengesellschaft rechtlich ins Leben trat, konnten die Organe derselben durch die von ihnen namens der Gesellschaft geschlossenen Rechtsgeschäfte dieselbe rechtsgültig Dritten gegenüber verpflichten, und die Mittel zur Erfüllung dieser Verpflichtungen müssen erforderlichenfalls durch die von den Aktienzeichnern zu leistenden Einzahlungen der gezeichneten und noch nicht gezahlten Beträge beschafft werden, ohne daß die Zeichner sich mit Erfolg darauf berufen können, daß die der Eintragung in das Handelsregister vorhergegangenen Akte nicht

überall ordnungsmäßig erfolgt, namentlich die vorher zu leistenden Einzahlungen trotz der darüber vorgelegten Bescheinigungen thatsächlich nicht geleistet seien. R. V. (18.) 78. [III. (62.) 291.]

Allerdings bestimmt Art. 211 H.-G.-B.'s, daß vor der Eintragung die Aktien-Gesellschaft als solche nicht besteht. Daraus folgt aber durchaus nicht, daß nicht im Stadium der Errichtung der A.-G. Verpflichtungen gegen die A.-G., welche diese, zur Eintragung gelangt, geltend zu machen berufen ist, begründet werden können. Ohne diese Annahme entbehren die Normativvorschriften des Gesetzes vom 4. Juni 1870 in Bezug auf Gründung von A.-G. jeden Halts. Sie basiren auf der Voraussetzung, daß, wenn die Prüfung der Gründungshergänge seitens der Registerbehörde mit der erforderlichen Sorgfalt stattgefunden hat, und bei den Erklärungen, deren Abgabe und Vorlegung bei der Behörde das Gesetz erfordert, keine Simulationen stattgefunden haben, die A.-G. schon mit dem Anspruch auf das eingetragene Grundkapital auf Grund von Zeichnungen und mit einem bereits vorhandenen, ihr eigenthümlich gehörigen Fonds eingezahlter zehn bez. zwanzig Prozent des Grundkapitals ins Leben tritt. Nach Art. 209a. H.-G.-B.'s hat nach Zeichnung des Grundkapitals die Generalversammlung der Aktionäre auf Grund der ihr vorzulegenden Bescheinigungen durch Beschluß festzustellen, daß das Grundkapital gezeichnet und mindestens zehn bez. zwanzig Prozent auf jede Aktie eingezahlt sind. Der Vorstand der A.-G. tritt aber nach dem Gesetz schon vor deren Eintragung innerhalb des Errichtungsstadiums in Thätigkeit. Nach Art. 210a H.-G.-B.'s ist er es, welcher die A.-G. zur Eintragung anzumelden hat. Dieser Anmeldung hat er außer den Errichtungsurkunden beizufügen die Bescheinigung, daß das Grundkapital durch Unterschriften gedeckt ist, und daß zehn bez. zwanzig Prozent des von jedem Aktionär gezeichneten Betrages eingezahlt sind. Selbstverständlich ist seine Anmeldungsthätigkeit keine blos äußerliche Ueberreichungshandlung, sondern die Versicherung des Richtigkeitsbefundes des Angemeldeten nach vorgenommener Prüfung. Vgl. auch Art. 249 Nr. 1. Da aber die Prozentbeträge nicht eingezahlt sind, wenn sie irgendwo noch zur Verfügung der Zeichner selbst stehen, so setzt solche Anmeldung voraus, daß sie nicht mehr der Verfügung der Zeichner unterworfen sind, sondern zur ausschließlichen Verfügung der bestellten Organe der A.-G. als solcher stehen. (Welche Verantwortung den Vorstand der A.-G. und deren Gläubigern gegenüber trifft, wenn er die Anmeldung fälschlich bewirkt, obwohl solche Einzahlung gar nicht stattgefunden hat, ist hier nicht entschieden.) Erachtet das Gesetz als den erforderlichen, zu bescheinigenden und die A.-G. mit jenen Prozentbeträgen ausstattenden Hergang die Uebergabe des betreffenden Geldes an den Vorstand oder ein anderes Gesellschaftsorgan, so muß dieses Organ auch mit dem Empfang bereits die Verpflichtung der Erhaltung des Geldes als eingezahlten Grundkapitalstheils gegen die Gesellschaft übernommen, so daß die Gesellschaft an Stelle des sodann wieder entzogenen Geldes den Anspruch wegen der Entziehung an das Organ hat. **Das Gesetz setzt** also selbst **voraus, daß eine Wirksamkeit von Gesellschaftsorganen für die A.-G. und ihre Verantwortung gegen die A.-G. schon vor der Eintragung im Errichtungsstadium anhebt.** Für die rechtliche Möglichkeit dieser Wirkung bieten die Begriffe des Mandats und der Geschäftsführung schon die geeignete Handhabe. (Vgl. Entsch. des R.-O.-H.-G.'s Bd. 10 S. 205; Bd. 20 S. 211.) Es kommt aber auf die Subsumtion

unter diese allgemeinen Kategorien nicht an. Vielmehr ist aus den betreffenden Normativbestimmungen unmittelbar zu folgern, daß der vom Gesetz geordnete und von der Behörde zu kontrollirende Entstehungshergang der A.-G., welcher mit ihrer Eintragung seinen Abschluß findet, als ein einheitlicher gilt, und daß daher, insoweit bei diesem Entstehungshergange schon Organe der Gesellschaft als wirkend gesetzt sind, um die Zueignung des erforderlichen Vermögens an dieselbe und Erhaltung desselben für sie zu ermöglichen, die Existenz der eingetragenen A.-G. in Bezug auf ihre Stellung zu jenen Organen als auf den Zeitpunkt jenes Eintritts der Organe in Wirksamkeit retrotrahirt gilt. **Es wird also eine Verantwortlichkeit des Vorstandes gegen die Aktiengesellschaft auch durch Verfügungen desselben über die Einzahlungen vor geschehener Eintragung begründet.** Die Verantwortlichkeit für Verletzung seiner Pflichten als Vorstandsmitglied fällt auch dann nicht hinweg, wenn alle einzelnen zur Zeit betheiligt gewesenen Aktionäre mit der Ausantwortung des Geldes einverstanden gewesen sind. Betrachtet man zunächst auch nur die Verantwortlichkeit des Vorstandes gegen die A.-G. selbst, so ist derselbe nicht Organ der einzelnen Aktionäre, sondern der A.-G. Von den Verpflichtungen, welche ihm in dieser Eigenschaft ausdrücklich das Gesetz gegen die A.-G. in einem die Rechtsstellung dieser überhaupt und insbesondere auch nach außen betreffenden Interesse auferlegt, kann ihn auch der übereinstimmende Willen aller Aktionäre nicht entbinden. Auch die Summe aller einzelnen Aktionäre ist nicht identisch mit der Aktiengesellschaft, zum mindesten nicht, insoweit der Gesellschaft das Gesetz über die Grenzen der Interessen der daran Betheiligten hinaus im öffentlichen Interesse Pflichten auferlegt und dem entsprechend auch Rechte gegen ihre Organe gewährt. R. V. (6.) 19—23. Siehe auch noch bei Art. 248 ad R. V. (6.) 24.

Art. 213.

Art. 213. **Eine in Deutschland bestehende Aktiengesellschaft giebt, wenn sie ihren Sitz in das Ausland verlegt, hiermit ihre vom deutschen Rechte anerkannte Rechtspersönlichkeit auf.** Die Anerkennung des Rechtsinstitutes der Aktiengesellschaft im deutschen Handelsgesetzbuche steht im engsten Zusammenhange mit den im Handelsgesetzbuche enthaltenen, durch das Reichsgesetz vom 11. Juni 1870 umgestalteten Vorschriften, welche einem Mißbrauche dieser Gesellschaftsform vorzubeugen bestimmt sind. Nur unter den Einschränkungen, welche sich aus diesen im öffentlichen Interesse erlassenen, schlechthin gebietenden oder verbietenden Vorschriften ergeben, sind die Aktiengesellschaften überhaupt in Deutschland anerkannt. Daher erstreckt sich bei jeder in Deutschland gegründeten Aktiengesellschaft die Anerkennung derselben als eines selbständigen Vermögenssubjektes nur so weit, als sie vermöge ihres Sitzes im Inlande jenen Vorschriften unterworfen ist und bleibt. Wie hieraus in Betreff der Entstehung der Aktiengesellschaft folgt, daß die im Art. 213 H.-G.-B.'s enthaltene Anerkennung ihrer Selbständigkeit nur bei denjenigen Aktiengesellschaften eintritt, welche ihren Sitz im Inlande nehmen, mithin den Vorschriften des deutschen Rechtes hinsichtlich der Errichtung von Aktiengesellschaften Genüge zu leisten haben, so folgt daraus auch ferner, daß eine in Deutschland entstandene und bestehende Aktiengesellschaft ihre vom deutschen Rechte gewährte Rechtspersönlichkeit verliert, wenn sie ihren Sitz an einen Ort verlegt, auf welchen die Wirksamkeit der

deutschen Gesetzgebung sich nicht erstreckt. Hierin liegt keine Abweichung von dem in Deutschland anerkannten Grundsatze, daß eine Aktiengesellschaft, welche nach den Gesetzen des Staates, in welchem sie ihren Sitz hat, zu Recht besteht, auch in anderen Staaten als solche anzuerkennen ist. Vielmehr ist es eine Anwendung des am Orte des bisherigen Sitzes geltenden Rechtes, wenn der Aktiengesellschaft in Folge der Verlegung ihres Sitzes in das Ausland die ihr von jenem Rechte nur für die Dauer ihrer Eigenschaft als inländischer Gesellschaft zugestandene Rechtspersönlichkeit abgesprochen wird. R. VII. (23.) 69. 70. **Daraus aber, daß eine in Deutschland bestehende Aktiengesellschaft durch Verlegung ihres Sitzes an einen ausländischen Ort nicht allein die Eigenschaft einer inländischen Aktiengesellschaft, sondern auch die ihr nur unter Voraussetzung dieser Eigenschaft beigelegte Rechtspersönlichkeit verliert, folgt, daß der Beschluß der Verlegung des Sitzes der Gesellschaft ins Ausland an sich dieselben Wirkungen hat, wie der einer Auflösung der Gesellschaft. Es tritt Liquidation ein, das Gesellschaftsvermögen wird nach Tilgung der Gesellschaftsschulden unter die Aktionäre vertheilt, der einzelne Aktionär kann diesen Anspruch klagend geltend machen.** Siehe hierüber bei Art. 245 ad R. VII. (23.) 70. 71. Da aber bei einer Verlegung nach dem Auslande die Aktiengesellschaft ihre Rechtssubjektivität nicht beibehalten kann, so muß eine solche statutarische Bestimmung vielmehr dahin aufgefaßt werden, es sollen eintretenden Falles diejenigen Rechtshandlungen vorgenommen werden, welche die Wirkung hervorbringen, die im Auslande zu gründende Aktiengesellschaft mit der bisherigen inländischen in allen Beziehungen thatsächlich als identisch erscheinen zu lassen. Wie weit dies in Betreff der Beziehungen zu anderen Personen rechtlich möglich ist und anderen Personen ein Widerspruchsrecht zusteht, ist hier nicht in Frage —, der Aktionär ist durch die statutarische Bestimmung gebunden, er hat kein Widerspruchsrecht, er kann insbesondere nicht gegen die Uebertragung des Vermögens der alten Gesellschaft auf die neue und gegen die Löschung der alten Gesellschaft im Handelsregister oder, was damit gleichbedeutend ist, gegen die Eintragung der Verlegung des Sitzes in das Ausland im Handelsregister Widerspruch erheben. **Die Rechte der Gläubiger der Gesellschaft erleiden durch Verlegung ihres Sitzes keine Veränderung.** Die zu ihrem Schutze für den Fall der Auflösung der Gesellschaft getroffenen gesetzlichen Bestimmungen finden auch im Falle der Verlegung der Gesellschaft in das Ausland, da dieselbe wie eine Auflösung wirkt, theils unmittelbare, theils entsprechende Anwendung. Sollte die Verfolgung ihrer Rechte durch die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft erschwert oder gefährdet werden, so würde doch keinem Aktionär die Befugniß zustehen, aus diesem vom Rechte und Interesse dritter Personen entnommenen Grunde die Gültigkeit des Sitzverlegungsbeschlusses anzufechten. **Ein Gläubiger der Gesellschaft ist aber nicht berechtigt, den Beschluß der Verlegung des Gesellschaftssitzes anzufechten.** Das Recht, zu verlangen, daß der Gesellschaftswille sich dem Gesetze und Statute gemäß bethätige, steht den Aktionären der Gesellschaft kraft des Gesellschaftsvertrages, nicht aber den Gläubigern derselben zu. Ihre Rechte gegenüber der Gesellschaft sind nur diejenigen, welche sich aus dem zwischen ihnen bestehenden Obligationsverhältnisse ergeben, und nur unter den Voraussetzungen, unter welchen Gläubiger überhaupt Rechtshandlungen ihrer Schuldner nach bürgerlichem Rechte anzufechten befugt sind, können die Gläubiger der Aktiengesell-

schaft deren Beschlüsse anfechten. Sie mögen, wenn durch die Verlegung des Gesellschaftssitzes in das Ausland die Besorgniß entsteht, daß die Verfolgung ihrer Forderungen gegen die Gesellschaft vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde, Sicherungsmaßregeln nach §§. 797 oder 814 C.=P.=O. erwirken. Es bleibt ihnen ferner unbenommen, die ihnen etwa wegen Nichtbeobachtung der gesetzlichen Vorschriften gegen die schuldigen Organe der Aktiengesellschaft kraft des Gesetzes zustehenden Entschädigungsansprüche zu verfolgen. Dagegen haben sie kein Recht, den die Sitzverlegung anordnenden Gesellschaftsbeschluß als ungültig anzufechten. R. VII. (23.) 71. 72.

Art. 214.

Art. 214. Ueber **Verlängerung der Aktiengesellschaft durch Beschluß der Generalversammlung** siehe bei Art. 209 Ziff. 3 ad R. VI. (32.) 120—125.

Art. 215.

Art. 215. Ueber **Verlängerung der Aktiengesellschaft durch Beschluß der Generalversammlung** siehe bei Art. 209 Ziff. 3 ad R. VI. (32.) 120—125.

Die Generalversammlung der Aktionäre ist befugt, die Ueberlassung des Betriebes des Unternehmens derselben an einen Anderen gegen eine den Aktionärenzu zahlende Dividende von jährlich gleichem Betrage zu beschließen. Siehe hierüber bei Art. 209 ad R. III. (39.) 128.

Zweiter Abschnitt.

Rechtsverhältniß der Aktionäre.

Art. 216.

Art. 216. **Die Zurückzahlung von Einzahlungen vor Eintragung der unter Bescheinigung gedachter Einzahlungen angemeldeten Gesellschaft fällt unter das Verbot der Art. 216. 248 H.=G.=B.** Siehe hierüber bei Art. 248 ad R. V. (6.) 24. 25.

Wenn das Statut einer älteren, bereits vor dem Inkrafttreten des deutschen Handelsgesetzbuches bestehenden Aktiengesellschaft die Klausel enthält, daß durch Beschluß einer außerordentlichen Generalversammlung mit einer Mehrheit von drei Vierteln der Stimmen unter staatlicher Genehmigung Zusätze und Abänderungen des Statutes erfolgen können, so kann auf Grund der letzteren unter Herrschaft des genannten Gesetzbuches rechtswirksam die Bestimmung getroffen werden, daß Aktionäre, welche die ihnen aus der Liquidation zustehenden Beträge nicht innerhalb fünf Jahren, vom Tage der bezüglichen Bekanntmachung an gerechnet, erhoben haben, ihrer Rechte auf dieselben zu Gunsten der Masse verlustig sein sollen. R. VII. (10.) 32—35.

Art. 217.

Art. 217. **Der Talon eines Inhaberpapieres** ist blos bestimmt, die Legitimation des Besitzers zum Bezuge neuer Dividenden= oder Zinsscheine zu erleichtern und die Vorlage des Papieres selbst zu diesem Zwecke unnöthig zu machen. Er soll keineswegs für sich selbst ein Inhaberpapier sein, kommt vielmehr

nur als Zubehör des betreffenden Inhaberpapieres in Betracht und wird daher von der Außerkurssetzung desselben nothwendig mit betroffen. R. IV. (41.) 141.

Der Inhaber eines Zinskoupons hat keine abstrakte Geld-, sondern eine Zinsforderung in Bezug auf eine bestimmte Kapitalsobligation. Die den Zinsobligationen eigenthümlichen Rechtsgrundsätze haben ihren Grund nicht in einem specifischen rechtsgeschäftlichen Inhalt der Hauptobligation, sondern in der Eigenschaft des Zinses als Zubehör und Produkt der betreffenden Hauptobligation, bez. des betreffenden Kapitales. Auf dem Hervorgehen aus der zeugenden Kraft des Kapitales beruht es, daß der Zins nicht mehr entstehen kann, wenn die Kapitalsobligation untergegangen ist. Darauf, daß der Zins schon selbst Produkt des Kapitales ist, beruht die geringere eigene Produktionsfähigkeit der Zinsobligation. Es gelten deßhalb die Vorschriften des preuß. A. L.-R.'s I. 11 über Zinsen nicht blos für den Darlehensvertrag, sondern für alle Schuldverhältnisse, für jede Promittirung eines verzinslichen Kapitales (vgl. §. 868 a. a. O.), also auch für die auf einem abstrakten Schuldversprechen beruhende. Es kommt also lediglich darauf an, ob die Unvollkommenheit und Gebundenheit an eine Kapitalsobligation, welche im Wesen der Zinsobligation begründet ist, durch Stellung der Zinsscheine auf Inhaber beseitigt wird. Im rechtlichen Wesen eines Inhaberpapieres liegt kein Zwang für solche Beseitigung, am allerwenigsten in Betreff solcher Wirkungen, welche aus der Zinsqualität ohne weiteres ohne Rücksicht auf das Schicksal der betreffenden individuellen Hauptobligation folgen. Dem Zinsscheine kann die Aufgabe gestellt sein, lediglich die Legitimation zur Erhebung des auf die Hauptobligation basirten Zinsanspruches zu begründen, so daß also die Ausstellung von Zinsscheinen auf Inhaber nur die Bedeutung hat, daß behufs Legitimation zur Erhebung des Zinsenanspruches der Inhaber des Zinsscheines als Inhaber der den Zinsenanspruch mit verkörpernden Hauptobligation gilt. In solchem Falle kann von einer materiellen Verselbständigung der Zinsobligation gewiß nicht die Rede sein. Aber auch wenn man bei Ausstellung von Zinsscheinen auf den Inhaber präsumtiv die gewollte Verkörperung der Zinsobligationen in jenen Scheinen annähme, so folgt daraus noch nicht, daß diese Verkörperung unter völliger Beseitigung jener Zubehörseigenschaft und ihrer Wirkungen und Erhebung des Koupons zu einer völlig selbständigen Obligation gewollt ist oder gewollt sein muß. Dem Bedürfniß nach einer selbständigen Cirkulationsfähigkeit des Zinskoupons wäre schon dann vollkommen Genüge gethan, wenn der Inhaber der Hauptobligation als solcher als nicht verfügungsberechtigt über das betreffende Zinsrecht angesehen wird, und bei Geltendmachung des Zinsanspruches aus dem Koupon die betreffende Hauptobligation als ohne Rücksicht auf ihre wirklichen und individuellen Schicksale rechtlich forterxistirend gilt. Ob die Verselbständigungswirkung wirklich auch nur diesen Umfang, namentlich was den zweiterwähnten Punkt anlangt, erreicht, soll hier durchaus nicht entschieden werden. Aber jedenfalls liegt hier kein Grund vor, aus der Stellung auf den Inhaber bei dem Papier aufgeprägter, für jeden erkennbarer Qualität des Zinses einer bestimmten Hauptobligation diesen Zinscharakter auch in Betreff derjenigen rechtlichen Wirkungen, die jedem Zinse einer als existirend geltenden Kapitalsobligation anhaften, als nicht vorhanden zu erachten. Gegen diese Annahme sprechen die richtigen Interpretationsgrundsätze wie die Auffassung des Verkehrs. **Das am Zahlungsorte geltende Verbot, Zinsen von Zinsen zu**

nehmen, steht dem Anspruch des Inhabers eines Zinskoupons auf Zögerungszinsen für den Zinskouponsbetrag entgegen. R. V. (69.) 254—261. [X. (45.) 215—217 XXIV. (102.) 388—390. XXV. (64.) 256—259.]

Dividendenscheine und Zinsscheine, welche Inhaberpapieren beigegeben und selbst auf den Inhaber gestellt sind, bilden selbständige Inhaberpapiere, welche als solche und getrennt vom Hauptpapiere in Verkehr treten. Sie sind fähig, selbständig außer Kurs gesetzt zu werden, was manche Gesetze (z. B. das weimarische Gesetz vom 19. April 1833) ausdrücklich gestatten, andere Gesetze (z. B. das kurhessische Gesetz vom 18. December 1823) ausdrücklich verbieten, und die Außerkurssetzung des Hauptpapieres wirkt nicht nothwendig auf sie zurück. R. IV. (41.) 141. 142.

Nach der Natur der Sache und nach positiver Bestimmung des Art. 217 darf unter die Aktionäre als Gewinn nur vertheilt werden, was sich als reiner Ueberschuß über die volle Einlage ergiebt. Maßgebend für die Berechnung des Ueberschusses ist allerdings die Bilanz; indessen darf die Bilanz nur auf der Grundlage des Art. 31 gezogen werden; die Vermögensstücke und Forderungen sind nach dem Werthe anzusetzen, welcher ihnen zur Zeit der Aufnahme beizulegen ist. Es steht deshalb **den Aktionären ein Anspruch auf Dividende dann nicht zu, wenn die Bilanz einen Reingewinn aufweist, derselbe indessen wegen Unsicherheit der in Ansatz gebrachten Werthe nach einem Beschlusse der Generalversammlung nicht zur Vertheilung gelangt, sondern als Spezialreserve vorgetragen ist.** R. IV. (28.) 102—104.

Art. 220.

Art. 220. **Abs. 2. Statutarischer Vorbehalt der Einziehung des Aktienrechtes bei Einzahlungsverzug. Unwirksamkeit der Festsetzung, daß der Zeichner sich durch Aufgabe des Aktienrechtes von weiteren Einzahlungen soll befreien dürfen.** Der Art. 220 Abs. 2, dahin aufgefaßt, daß mit Einziehung der Aktienrechte auch die weiteren Verpflichtungen des Zeichners wegfallen, will die gedachte Abmachung als wirksames Bestärkungsmittel für die Erfüllung der Verpflichtung des Zeichners, nicht als Mittel zu deren Schwächung, bez. als Prämie für Säumniß des Zeichners, statuiren. Die Gesellschaft soll die Aktienrechte einziehen dürfen, wenn nach ihrer Auffassung in solcher Einziehung wirklich eine Strafe für den Zeichner und ein Vortheil für sie zu finden ist. Eine Abmachung des Inhaltes, daß es vom Zeichner soll abhängen können, ob er durch Aufgabe der aus den bisherigen Einzahlungen erwachsenen Rechte sich seiner weiteren Verbindlichkeit zur Restzahlung entledigen will, würde den Bestand des Grundkapitales in die Willkühr des Verpflichteten stellen und dem Wesen der Aktienzeichnung wie der Erforderlichkeit der Erhaltung des Grundkapitales widersprechen. (Vgl. Prol. zum H.-G.-B S. 342, Jolly in Zeitschr. für deutsches Recht Bd. 11 S. 386, Auerbach, Gesellschaftswesen S. 330.) Hierdurch würden die Grundsätze, auf denen die Art. 209a, 210a und 248 beruhen, verletzt. Im Art. 221 ist auch nur gesagt, daß der Aktionär seines Anrechtes verlustig erklärt werden könne. **Der Gesellschaft kann das Recht auf Verlustigerklärung der Rechte aus der Zeichnung durch Statut verliehen werden** und es entsteht hier die Frage, ob die Strafklausel, welche Art. 220 Abs. 2 gestattet, dahin zu verstehen ist, daß der Zeichner, gegen welchen die Gesell-

schaft die Strafe in Vollzug zu setzen beschließt, damit auch, abgesehen von der für Inhaberaktien geltenden besonderen Modalität des Art. 222 Nr. 2, den weiteren Verpflichtungen aus der Zeichnung enthoben wird, oder ob er auf Erfüllung dieser, also bei Namensaktien in Höhe des ganzen Rückstandes, gebunden bleibt. Allein Art. 220 muß im Sinne der Zulassung einer die Verpflichtung des Zeichners gänzlich aufhebenden Einziehung der Aktienrechte verstanden werden, und **bringt** somit **die Ausübung des Einziehungsrechtes bezüglich der Aktienrechte seitens der Gesellschaft nicht nur die Rechte des Zeichners, sondern auch seine Pflicht zu weiteren Einzahlungen in Wegfall.** Gesetzt auch, das H.-G.-B. bestimmte an anderer Stelle, daß der Zeichner, abgesehen von der Besonderheit bei der Inhaberaktie, seiner Verbindlichkeit aus der Zeichnung nicht, bez. nicht anders, als indem ein anderer an seiner Stelle eintrete, entbunden werden könne, so handelt es sich gerade darum, das Verhältniß zu ermitteln, in welchem dieser allgemeine Grundsatz zu der besonderen Vorschrift des Art. 220 steht. Wenn das in letzterer Vorschrift als zulässiger Statutenvorbehalt erachtete Gedinge als Gedinge der Einziehung, bez. Konfiskation der ganzen Aktie als Strafe zu erachten ist, so daß nach Sinn und Inhalt der für zulässig erachteten Stipulation eine Fortdauer des Vertragsverhältnisses blos nach der Verpflichtungsseite als ausgeschlossen erachtet werden muß, so liegt eben eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz zu Gunsten der Möglichkeit wirksamer Bekräftigung der rechtzeitigen Erfüllung der Verpflichtung aus der Zeichnung vor. Ein Strafgedinge, welches sich der Worte des Absatzes 2 des Art. 220 bediente, würde aber sicher keine andere Auslegung, als daß mit den eingezogenen Rechten auch alle weiteren Pflichten in Wegfall kommen, erfahren können. Wäre vorausgesetzt, daß der Zeichner trotz des ausdrücklich ausgesprochenen Verfalls seines Rechts aus der Zeichnung doch den ganzen Betrag seiner Zeichnung — also ohne Erwerb entsprechender Rechte — erlegen müßte, so hätte namentlich die besondere Hervorhebung des Verlustes der geleisteten Theilzahlungen neben dem Verluste der Anrechte aus der Zeichnung keinen rechten Sinn. Der Zweck des Art. 220 Abs. 2 ist aber kein anderer gewesen, als gegenüber den gesetzlichen Einschränkungen der Konventionalstrafen, wie sie die Civilrechte enthielten, eine erweiterte Zulässigkeit entsprechend bereits vorgefundenen Statutensatzungen, welche durch Androhung des Ausschlusses aus der Gesellschaft zur Erfüllung der Zahlungsverbindlichkeit anzutreiben für zweckmäßig erachteten, zu normiren. Vergl. Motive zu Art. 92 Tit. 3 des Entwurfs eines Allgemeinen Handelsgesetzbuchs für Deutschland von 1849 S. 141. Was danach für zulässig erklärt worden, ist nicht blos die Statuirung eines Pfandrechts der Gesellschaft an dem Aktienrecht, so daß die Gesellschaft dieses für Rechnung und Gefahr des säumigen Aktionärs verkaufen dürfte, sondern der Verfall des Aktienrechts zu Gunsten der Gesellschaft, welche alsdann an Stelle des eingezogenen Aktienrechts ein neues, aber für eigene Rechnung, ausgeben mag. Die Auffassung der betreffenden Bestimmung als einer exceptionellen, welche eine Ergänzung aus einem sonstigen allgemeinen Prinzip der Unlöslichkeit der Zeichnerverpflichtung nicht verträgt, wird auch durch ihre Entstehungsgeschichte unterstützt. Die Motive zum preußischen Entwurf des H.-G.-B.'s — S. 94 zu Art. 187 — beriefen sich für die Zulassung des gedachten Zwangsmittels als eines wirksamen auf den Art. 255 des Würtemberger Entwurfs und auf den Art. 92 Tit. 3 des Entwurfs eines Allgemeinen Handelsgesetz-

buchs für Deutschland von 1849. In letzterem Entwurf bestimmte Art. 88, daß bei Inhaberaktien der Zeichner erst nach Zahlung von 40 % bei Statutenvorbehalt entlassen werden könne. Die Art. 89. 90 enthielten für Namensaktien, was der jetzige Art. 223 im ersten Absatze, der Art. 91, was der jetzige Art. 223 im zweiten Absatze bestimmt. Alsdann folgte erst der dem jetzigen Art. 220 entsprechende Art. 92 mit der Bestimmung: „die Gesellschaft kann diejenigen, welche den Betrag ihrer Aktien nicht zur rechten Zeit einzahlen, nach einer wenigstens vier Wochen vorher geschehenen Aufforderung zur Zahlung ihrer Aktien für verlustig erklären, so daß die bereits geleisteten Einzahlungen der Gesellschaft anheimfallen." Ganz ebenso in Stellung und Sprachweise lauten die Art. 252, 255 des Würtemberger Entwurfs, nur mit der Besonderheit, daß dieser auch für Inhaberaktien keine Liberation nach Zahlung von 40 % kannte. In den Motiven zu Art. 255 ist ausdrücklich auf Art. 194 als Analogon hingewiesen, in welchem für die offene Handelsgesellschaft der Ausschluß des säumigen Gesellschafters aus der Gesellschaft für zulässig erklärt ist (S. 224 der Motive). In der That ist Verfall der Aktie zu Gunsten der Gesellschaft nichts anderes als Ausschluß des Aktieninhabers aus der Gesellschaft. Vgl. Thöl, Handelsrecht §. 149. Es kommt aber außerdem in Betracht, daß ein Prinzip der Unlöslichkeit der Zeichnerverpflichtung bei Namensaktien der Aktiengesellschaft — Art. 184 bezieht sich lediglich auf die Namensaktien der Aktienkommanditgesellschaft, die das Gesetz von denen der Aktiengesellschaft in wesentlichen Punkten verschieden behandelt — ausdrücklich nur im Art. 223 für die daselbst behandelten Fälle ausgesprochen ist. Dort ist aber überall eine freiwillige Uebertragung des Rechts aus der Zeichnung seitens des Zeichners an einen Nachmann vorausgesetzt. Daraus, daß der Zeichner einer Namensaktie durch eine freiwillige Aufgabe seiner Zeichnung nicht anders als bei Uebertragung einer solchen an einen Nachmann und Annahme desselben seitens der Gesellschaft unter seiner Entlassung an seiner Stelle, übrigens aber unter subsidiarischer Forthaftung auch für ein Jahr, austreten kann, folgt nicht, daß er auch bei unfreiwilliger Entsetzung aus seinem Aktienrechte durch Einziehung desselben seitens der Gesellschaft, die von einem seitens der Gesellschaft ausbedungenen Rechte, die Aktie für seine Rechnung und Gefahr zu verkaufen, durchaus zu scheiden ist, weiter verhaftet bliebe. Der Art. 223 und die betreffende Bestimmung des Abs. 2 des Art. 220 berühren sich in keinem Punkte. Die subsidiarische Haftung im Falle des Abs. 3 des Art. 223 setzt voraus, daß der Zeichner einen Nachmann hat, gegen den er den Rückgriff zu nehmen rechtlich in der Lage ist, sofern er sich nicht etwa eines solchen Rückgriffsrechts bei Veräußerung der Aktie begeben hat. An dieser Auffassung kann auch nicht der Umstand irre machen, daß für Inhaberaktien im Art. 222 Nr. 2 ausdrücklich die Verpflichtung, trotz der Verlustigerklärung immer in Höhe der ersten 40 % verhaftet zu bleiben, ausgesprochen ist. Das Argument, Namensaktien müßten immer und überall entsprechend strenger als Inhaberaktien behandelt werden, so daß, wo die Zeichner der ersteren auf 40 % verhaftet seien, die der letzteren auf den vollen Betrag haftbar bleiben müßten, wenn an ihrer Stelle keine Nachfolger angenommen werden, ist nicht zutreffend. Die Nr. 3—6 des §. 2 des preußischen Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838 behandelten alle Aktien bis nach Einzahlung der ersten 40 % gleichmäßig und ließen erst nach dieser Einzahlung die Annahme eines Cessionars an

Stelle des ursprünglichen Zeichners seitens der Gesellschaft und die Einziehung des Aktienrechts gegen den säumigen Zeichner zu. Erwägt man nun, daß das Handelsgesetzbuch die Namens- und Inhaberaktien schon von Beginn an getrennt behandelt, daß die Zulässigkeit der Einziehung des Aktienrechts in Art. 220 unbeschränkt ausgesprochen ist, daß die Einschränkung, welche nach dem Gesetz von 1838 allgemein galt, nur für die Inhaberaktie, wie es in den Motiven zu Art. 190 des preußischen Entwurfs S. 94 heißt, „zur Beseitigung entstandener Zweifel“ im H.-G.-B ausgesprochen ist, und daß nach der Stellung von Nr. 2 und 3 des Art. 222 für Inhaberaktien, für welche die Befreiung nach Zahlung von 40 % gar nicht eintritt, weil sie im Statut nicht ausdrücklich vorbehalten, doch die Einziehung des Aktienrechts mit Erlöschen der Verpflichtung über 40 % hinaus zulässig ist, so wird man jene Bestimmung des Art. 222 Nr. 2 als eine der Inhaberaktie anhaftende Besonderheit ansehen müssen, aus welcher für die Namensaktie keine Folgerungen abzuleiten sind. Eine Duplicität der Aktienzeichnung in dem Sinne, daß sie neben der Verpflichtung gegenüber der Aktiengesellschaft, bei welcher das Vorhandensein des Aktienrechts ihr Korrelat, noch von jenem Korrelat unabhängige Schuld gegenüber den Aktiengesellschaftsgläubigern wäre, existirt nach deutschem Rechte nicht. Auch wenn man annehmen wollte, daß bei der deutschen Aktiengesellschaft den Gesellschaftsgläubigern ein unmittelbares Recht gegen die Zeichner auf Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten, insbesondere etwa bei Namensaktien, zustände, so fehlt es doch an jedem Anhalte dafür, daß diese Verbindlichkeiten den Gläubigern gegenüber einen anderen Inhalt, als der Gesellschaft gegenüber, also den von entsprechender Gewährung eines Aktienrechts gänzlich losgelösten Inhalt eines einfachen Schuldversprechens haben sollten. Will man selbst den Abs. 3 des Art. 223 im Sinne eines direkten Klagerechts der Gesellschaftsgläubiger verstehen, was hier dahin gestellt bleiben kann, so ist doch dessen Voraussetzung, wie bereits erwähnt, die geschehene freiwillige Uebertragung des Aktienrechts seitens des Zeichners an einen neuen Erwerber. Wenn demnach auch nicht zu leugnen ist, daß durch Anwendung solcher Konventionalstrafenklausel eine Minderung des Grundkapitals eintreten kann, so kann doch dieser Gesichtspunkt nicht zu Gunsten einer anderen Entscheidung verwerthet werden. Entweder ist bei den betreffenden Bestimmungen die Möglichkeit der Eingriffe in das Prinzip der Erhaltung des Grundkapitals mittels der für zulässig erachteten Klausel nicht hinreichend erkannt, oder es ist die Staatsaufsicht als ein ausreichendes Korrektiv gegen Mißbräuche der Klausel erachtet worden. Auch die Novelle vom 11. Juni 1870 hat an dieser Sachlage nichts geändert. Den Art. 220 selbst hat sie unberührt gelassen. Es kann sich daher nur fragen, ob ihre an Stelle der Staatsgenehmigung und Staatsaufsicht getretenen Normativbestimmungen etwa die Gesellschaftsorgane in der Geltendmachung der Klausel und ihrer Wirkungen Einschränkungen unterworfen haben, so daß der Aktionär auf eine unter Verletzung jener Einschränkungen erfolgte Willensbethätigung eines Gesellschaftsorganes seine Befreiung nicht stützen könnte. Allein auch dies ist zu verneinen. Wollte man auf die durch Vollzug der Strafklausel, so lange neue Aktionäre nicht an Stelle der alten gewonnen sind, eintretende Minderung des Grundkapitals die Bestimmung des Art. 248 in Bezug auf die Herabsetzung des Grundkapitals anwenden, so käme man zu dem Ergebniß, daß die Strafklausel erst nach Ablauf eines Jahres von beschlossener In-

vollzugsetzung ab und erst nach Bezahlung, bez. Sicherstellung aller bekannten Gläubiger aus dem Gesellschaftsfonds, also auch aus den zu demselben gehörigen, noch ausstehenden Einlagen, wirksam werden könnte. Dies liefe in der That auf die Unwirksamkeit der Strafklausel hinaus, während die das Entgegengesetzte bestimmende Vorschrift des Art. 220 bestehen geblieben ist und der Rechtsbestand der Klausel doch nicht blos für den Fall gänzlicher Schuldenfreiheit der Gesellschaft beabsichtigt kein kann. Stellt Art. 220 mit seinen Konsequenzen eine Ausnahme von dem Prinzip der Unlöslichkeit der Zeichnerhaftung dar, so kann er auch durch die Vorschriften über die Herabsetzung des Grundkapitals, welche ein Komplement jenes Prinzips, soweit es gilt, darstellen, nicht berührt werden. Die Herabsetzung im Sinne des Art. 248 ist die planmäßige Veränderung der Gesellschaft durch Verkleinerung des Kapitals, mit welchem gewirthschaftet werden soll. Die Minderung, die durch Ausübung der Strafklausel stattfindet, ist die unvermeidliche Konsequenz einer Rechtsausübung, die im Interesse der bestehen bleibenden Gesellschaft gegenüber einer weiteren Verfolgung der Rechte gegen die säumigen Zeichner nach bester Einsicht hat vorgezogen werden müssen. Läßt sich nun nicht leugnen, daß mißbräuchlich die Strafklausel benutzt werden kann, um in Wahrheit eine Kapitalsherabsetzung unter Verletzung der für solche vorgeschriebenen Kautelbestimmungen vorzunehmen, so kann hier nur die sorgfältige richterliche Prüfung des einzelnen Falles korrigirend eingreifen. Nicht die gewählte äußere Form, sondern die wirkliche Sachlage muß allerdings entscheiden. Insbesondere wird in Fällen, in welchen Gesellschaftsverluste bereits eingetreten sind, welche die schon eingezahlten Kapitalsbeträge ganz oder zum großen Theile absorbiren, die Annahme nahe liegen, daß trotz des äußerlich gewählten Behelfs eines Vollzugs der Strafklausel in Wahrheit eine gesetzwidrige Herabsetzung des Grundkapitals beabsichtigt ist, auf welche alsdann der Aktionär kein Recht gründen kann. R. II. (7.) 14—22.

Art. 221.

Art. 221. **Abs. 2. Statutarischer Vorbehalt der Einziehung des Aktienrechtes bei Einzahlungsverzug. Unwirksamkeit der Festsetzung, daß der Zeichner sich durch Aufgabe des Aktienrechtes von weiteren Einzahlungen soll befreien dürfen.** Dieser Artikel besagt nur, daß der Aktionär seines Anrechtes verlustig erklärt werden kann. Siehe bei Art. 220 ad R. II. (7.) 14—22.

Art. 222.

Art. 222. **Ziff. 1.** Die Aktiengesellschaft kann mit dem Aktionär in Rechtsverhältnisse treten, der Aktionär kann Gläubiger und Schuldner der Aktiengesellschaft werden. Für diese Rechtsverhältnisse sind keine besonderen Rechtsgrundsätze maßgebend. Aktionär und Aktiengesellschaft stehen sich wie sonstige verschiedene Personen gegenüber. Auf ihre rechtlichen Beziehungen finden daher auch die Grundsätze über Kompensation, speciell über Kompensation im Konkurs Anwendung. Anders aber gestaltet sich das Verhältniß, wenn es sich nicht um beliebige, zwischen Aktionär und Aktiengesellschaft bestehende Rechtsverhältnisse, sondern um das aus dem Statut hervorgegangene Rechtsverhältniß, insbesondere um die Einschußpflicht des Aktionärs handelt. Eine Aktiengesellschaft kann zur Erreichung der verschiedensten Zwecke

errichtet werden. Das Interesse der Aktiengesellschaft braucht nicht nothwendig mit dem der Aktionäre zusammen zu fallen. Meist aber wird die Aktiengesellschaft errichtet zur Förderung der Interessen der Aktionäre. Sie wird errichtet, um für Rechnung der Aktionäre thätig zu sein, den Aktionären soll der erzielte Gewinn zukommen, an sie soll nach Auflösung der Gesellschaft das Vermögen derselben fallen. Von diesem häufigsten Zweck der Aktiengesellschaft geht das Handelsgesetzbuch bei seinen rechtlichen Bestimmungen aus. Da bei der Aktiengesellschaft keine Person mit ihrem Vermögen, sondern jeder Aktionär nur mit dem, was er eingeschossen hat, beziehungsweise nur bis zu dem Betrage, den er einzuschießen versprochen hat, haftet, so ist die Anerkennung einer besonderen Persönlichkeit der Aktiengesellschaft erforderlich, deren Vermögen eben dasjenige bildet, was die Aktionäre eingeschossen beziehungsweise einzuschießen versprochen haben. Wird aber das Unternehmen der Aktiengesellschaft für Rechnung der Aktionäre betrieben, so liegt in der Einzahlung des Aktienbetrages in der That nicht sowohl die Veräußerung eines Theils des Vermögens des Aktionärs an einen Fremden, als vielmehr die Aussonderung dieses Theils aus dem übrigen Vermögen und die Gewährung desselben zu bestimmter Verwendung im Interesse des Gewährenden an eine lediglich zu diesem Zwecke gebildete, keine selbständigen Interessen verfolgende Person. Formell freilich stellt sich die Aktiengesellschaft als Rechtssubjekt dieses abgesonderten Vermögens, folglich auch, soweit die Absonderung noch nicht thatsächlich vollzogen ist, als Gläubiger des Aktionärs dar. Allein alle Konsequenzen hieraus hat das Recht nicht gezogen und konnte es nicht ziehen. Da der dritte mit der Aktiengesellschaft in rechtliche Beziehung Tretende lediglich an das Vermögen derselben gewiesen ist und gegen die Aktionäre keinen Anspruch hat, so erschien es erforderlich, dafür zu sorgen, daß die Höhe dieses Vermögens evident gemacht, der wahre Werth der Einlagen konstatirt und das Gesellschaftsvermögen nicht durch Rückzahlungen an die Aktionäre vermindert werde. In der That sind nun auch gesetzliche Bestimmungen nach diesen Richtungen erlassen. Eine Voraussetzung der Errichtung der Aktiengesellschaft bildet der Nachweis der Deckung des gesammten Kapitals durch Zeichnung der Aktien, der Einzahlung eines bestimmten Betrages und der Ermittelung des Werthes der vertragsmäßigen, in anderer Weise als durch Geldzahlung gemachten Einlagen. Ferner kann die Aktiengesellschaft, obgleich im übrigen befähigt über das Grundkapital zu verfügen, dasselbe nicht beliebig, weder ganz noch theilweise, den Aktionären zurückgewähren oder diese von der Verpflichtung der Einzahlung befreien. Hiermit ist die Besonderheit dieser Obligationen gesetzlich anerkannt. Diese Besonderheit führt aber weiter dazu, die rechtliche Gleichstellung derselben mit anderen Obligationen auszuschließen, welche zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär nicht auf Grund des Statuts, sondern aus sonstigen Rechtsgründen, mit anderen Worten: welche zwischen der Aktiengesellschaft und einer Person, die zufällig auch Aktionär ist, entstanden sind. Dies aber wird bedeutsam für die Frage der Kompensabilität. Stehen zwei zwischen denselben Personen begründete Obligationen gleicher Art sich gegenüber, so gewährt das Recht jeder dieser Personen die Befugniß, dem Verlangen der anderen Person auf Tilgung der einen derselben Widerspruch entgegen zu setzen; denn gerade durch das Gegenüberstehen dieser Obligationen ist ein Zustand hervorgebracht, der mit dem der erfolgten Realisirung beider Obli-

gationen gleichwerthig ist, und durch Zahlung der einen Obligation würde dieser Zustand zum Nachtheil des Zahlenden aufgehoben, das vorhandene Gleichgewicht gestört werden. Es kommt hierbei nicht darauf an, ob auf beiden Seiten die Realisirungsmöglichkeit im allgemeinen eine gleiche ist; denn gerade betreffs der einander gegenüberstehenden Obligationen ist die Möglichkeit der besonderen Realisirung durch Aufrechnung in gleicher Weise gegeben. Dafür aber, daß andere Gläubiger des Schuldners nicht etwa durch diese Realisirung indirekt benachtheiligt würden, hat der einzelne Gläubiger nicht zu sorgen. Anders, wenn die Forderungen ihrem Wesen nach ungleichartig sind. Ungleichartig aber sind Forderungen nicht nur dann, wenn die Sachen, auf welche sie sich beziehen, verschieden sind, sondern auch, wenn dieselben zu einem von beiden Seiten anerkannten verschiedenen Zweck geleistet werden. Die statutarische Verpflichtung des Aktionärs geht, wie oben ausgeführt, begrifflich nicht dahin, der Aktiengesellschaft wie ein beliebiger Dritter eine Zahlung zu machen, sondern dahin, einen Beitrag zum Gesellschaftskapital zu gewähren. Dieses Gesellschaftskapital aber hat den Zweck der Aktiengesellschaft, den Betrieb des Unternehmens und die Zahlung der Gesellschaftsschulden zu ermöglichen. Hat nun der Aktionär infolge eines mit der Aktiengesellschaft eingegangenen Rechtsverhältnisses gegen dieselbe ebenfalls eine Forderung, so steht diese Forderung jener keineswegs als gleichartige gegenüber. Allerdings würde die Aktiengesellschaft, nachdem sie die Einzahlung erhalten, verpflichtet sein, die Forderung des Aktionärs zu tilgen. Der vorhandene Baarvorrath würde also alsbald um ebensoviel vermindert werden, als er durch die Einzahlung vermehrt worden war. Solange die Gesellschaft solvent ist, wird mithin wenigstens der Regel nach kein Bedürfniß vorliegen, die Ungleichartigkeit der Forderungen zu urgiren und die Kompensation der Forderung des Aktionärs gegen die Einschußforderung zu versagen, und es kann hier dahingestellt bleiben, ob nicht aus diesem Grunde, solange nicht über das Gesellschaftsvermögen der Konkurs erkannt ist, in Ermangelung einer besonderen statutarischen Bestimmung, die Kompensation unbedingt zuzulassen, oder ob im einzelnen Falle zu begründen ist, daß die Kompensation nicht zum Nachtheil der Gesellschaftsgläubiger gereicht. Allein nach eröffnetem Konkurse stellt sich das Verhältniß jedenfalls anders. Sobald die Gesellschaft insolvent wird, tritt die Besonderheit der Bestimmungen des Einschusses zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger in evidenter Weise hervor. Während der dem Schuldner als Fremder gegenüberstehende Gläubiger um die Abwickelung der Schulden desselben sich in keiner Weise zu kümmern braucht, würde es vom Aktionär, für dessen Rechnung das Aktiengesellschaftsunternehmen betrieben wird, dolos sein, wenn er den für allgemeine Zwecke der Aktiengesellschaft und insbesondere zur Bezahlung der Gläubiger bestimmten Fonds zur Befriedigung seiner eigenen Forderungen an die Aktiengesellschaft ausschließlich verwenden wollte. **Es muß deßhalb angenommen werden, daß bei Begründung der Verpflichtung der Volleinzahlung der Aktien (durch Zeichnung oder spätere Uebernahme) die Zulässigkeit jeder Art der Erfüllung, durch welche das Interesse der Gläubiger gefährdet wird, insbesondere also im Fall des Gesellschaftskonkurses die Kompensation mit Forderungen des Aktionärs an die Gesellschaft, von den Betheiligten ausgeschlossen wird.** Gerade bei Aktiengesellschaften, welche wie z. B. Versicherungsgesellschaften, eingerichtet

sind, tritt die Bedeutung der versprochenen Nachschußzahlungen als Garantie für die Gläubiger besonders deutlich hervor. Bei vielen anderen Gesellschaften wird das gesammte gezeichnete Kapital als das zum Geschäftsbetriebe erforderliche Kapital angesehen und die Bestimmung, daß dasselbe nicht auf einmal, sondern ratenweise einzuzahlen ist, wird getroffen zur Erleichterung der Aktionäre oder weil die zum Geschäftsbetrieb erforderlichen Einrichtungen ihrer Natur nach erst in einem längeren Zeitraum fertig gestellt werden können, die Gelder daher erst allmälig nothwendig werden, oder weil der Betrieb erst allmälich seinen vollen von Anfang an in's Auge gefaßten Umfang erreicht. Anders bei Versicherungsgesellschaften. Bei diesen wird davon ausgegangen, daß der statutarisch einzuzahlende Theil des Aktienbetrages das gesammte Betriebskapital bilden soll, eine Vermehrung desselben ist von Anfang an nicht beabsichtigt, dasselbe ist so berechnet, und der Betrieb so eingerichtet, daß voraussichtlich ein Nachschuß nicht nothwendig wird. Nur für den Fall, daß infolge besonderer Unglücksfälle die gegen die Gesellschaft erwachsenen Forderungen nicht mehr aus den laufenden Einnahmen und dem Betriebskapital bezahlt werden können, soll die Nachschußpflicht der Aktionäre die Möglichkeit gewähren, die Verpflichtung der Gesellschaft zu erfüllen. Gerade die bei dem Betriebe des Versicherungsgeschäfts hervortretende Möglichkeit des Eintritts gewisser nicht vorhersehbarer und bei aller Sorgfalt nicht zu vermeidender Verluste hat zu einer derartigen Einrichtung geführt, und gerade sie ist es, welche derselben das erforderliche Vertrauen verschafft. Dieses Vertrauen aber würde hinfällig werden, wenn die Versicherten nicht die Ueberzeugung hätten, daß die Garantie ihnen gleichmäßig gewährt sei, und das Bewußtsein dieses Umstandes schließt die Möglichkeit aus, daß die Aktionäre ihr Nachschußversprechen vernünftiger Weise in einem anderen Sinne aufgefaßt haben können. (Diese Entscheidung steht mit den Entscheidungen des fünften Civilsenates des Reichsgerichtes vom 25. Juni 1881 i. S. S. B. w. Br. und B. w. Z. Rep. V. 441. 443/81 darum nicht in Widerspruch, weil es sich in den betreffenden letzteren Fällen um die Rechtsgültigkeit einer zwischen den Kommanditisten und den persönlich haftenden Gesellschaftern bei vorhandener Solvenz der Gesellschaft vorgenommenen, durch Buchung realisirten Kompensation der Forderung aus der Zeichnung mit einer Darlehensforderung des Kommanditisten handelte, welche nach später ausgebrochenem Konkurse vom Masseverwalter angefochten wurde.) R. VI. (18.) 69—75.

Einfluß des Konkurses eines Aktienzeichners auf die Verpflichtung zur Leistung der nach Konkurseröffnung ausgeschriebenen Einzahlungen. Der Leistung der Einzahlung von der einen Seite muß nach dem Wesen des Aktienzeichnungsvertrages die Gewährung von Aktienrechten und Aktienurkunden, bezw. Interimsquittungen, von der anderen Seite entsprechen. Es handelt sich also nicht um eine einseitige Schuldverbindlichkeit, die einzutreiben ist, sondern um ein zweiseitiges Vertragsverhältniß, und es ist nicht ersichtlich, welches Schicksal bei einer blos tributarischen Befriedigung des Anspruches auf die gezeichnete Summe der korrespondirende Anspruch auf Gewährung von Aktien haben soll, da der Aktiengesellschaft nicht zugemuthet werden kann, gegen nur tributarische Befriedigung des Anspruches auf den Zeichnungsbetrag die vollen Aktien zu gewähren, andererseits aber auch der Konkursmasse nicht, sich mit einem der Konkursdividende entsprechend reduzirten Aktienbetrag abfinden zu lassen, was in Wahrheit

darauf hinausliefe, daß die Aktiengesellschaft für das, was sie demnach noch leistet, Vollzahlung empfinge. Es handelt sich demnach, wie dies auch in Entsch. des R.-O.-H.-G.'s Bd. XXV. S. 299 ff. ausgeführt ist, um ein Verhältniß, auf welches der §. 16 preuß. Konk.-Ordn. Anwendung findet. Tritt die Konkursmasse nicht in das Vertragsverhältniß ein, in welchem Falle die Verpflichtung zur Zahlung Massenschuld werden würde, so muß wegen der synallagmatischen Natur des Verhältnisses, mit welcher eine Theilung von Leistung und Gegenleistung in der Art, daß auf die eine nur tributarische Befriedigung, die andere aber voll zu gewähren ist, unvereinbar ist, während eine gleichmäßige Reduzirung beider Leistungen das ganze Vertragsverhältniß ändern und den Prinzipien gleichmäßiger Befriedigung der Gläubiger im Konkurse widersprechen würde, der Gläubiger, der am Konkurse theilnehmen will, seinen Anspruch in einen reinen Konkursanspruch auf Entschädigung wegen Nichterfüllung des geschlossenen Vertrages umwandeln. Sieht man als solche Entschädigungsforderung den Anspruch auf Ersatz des Ausfalles an, welchen die Aktiengesellschaft bei anderweitiger Unterbringung der betreffenden Aktien gegenüber dem Nominalbetrage derselben zu erleiden hätte, so mag, wenn nach den Verhältnissen der Aktiengesellschaft die Aktien überhaupt zu keinem Betrage anderweitig unterzubringen sind, der Entschädigungsanspruch in seiner Höhe dem Anspruche auf Erfüllung aus der Aktienzeichnung gleichkommen können. R. II. (72.) 264. 265.

Der Gesellschaft kann das Recht auf Verlustigerklärung der Rechte aus der Zeichnung durch Statut verliehen werden. — Die Ausübung des Einziehungsrechtes bezüglich der Aktienrechte seitens der Gesellschaft bringt nicht nur die Rechte des Zeichners sondern auch seine Pflicht zu weiteren Einzahlungen in Wegfall. Siehe bei Art. 220 ad R. II. (7.) 14—22.

Art. 223.

Art. 223. **Der Gesellschaft kann das Recht auf Verlustigerklärung der Rechte aus der Zeichnung durch Statut verliehen werden. — Die Ausübung des Einziehungsrechtes bezüglich der Aktienrechte seitens der Gesellschaft bringt nicht nur die Rechte des Zeichners, sondern auch seine Pflicht zu weiteren Einzahlungen in Wegfall.** Siehe bei Art. 220 ad R. II. (7.) 14—22.

Art. 224.

Art. 224. **Die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft ist nicht befugt, die Verpfändung des Gesellschaftsvermögens für eine fremde Schuld zu beschließen,** wenn die Bestellung der Hypothek lediglich als eine dem Zwecke der Aktiengesellschaft fremde Maßregel erscheint. Wie die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft eine Schenkung, als eine dem Gesellschaftszwecke fremde und widerstreitende Handlung, nicht beschließen kann, wenn dieselbe nicht wegen besonderer Umstände, z. B. als remuneratorische Schenkung, als im Interesse der Aktiengesellschaft gelegen erscheint, so gehört auch die Intercession für fremde Verbindlichkeiten, abgesehen von besonderen Umständen, welche ein Interesse der Aktiengesellschaft an Uebernahme derselben begründen, nicht zu dem Kreise der Angelegenheiten, für welche die Aktionäre im Gesellschaftsvertrage sich verbunden haben. R. III. (39.) 134—137. [XXII. (63.) 281. XXIV. (58.) 225.]

Art. 225 b.

Ueber die **unmittelbare Haftung des Aufsichtsrathes für die hier behandelten Uebertretungsfälle gegenüber den Gesellschaftsgläubigern,** siehe Art. 245, Abs. 4 ad R. VII. (34.) 106. 107. Art. 225 b.

Dritter Abschnitt.

Rechte und Pflichten des Vorstandes.

Art. 227.

Der Direktor einer Aktiengesellschaft, welcher dieselbe im Prozesse vertritt, **kann über die im Prozesse streitige Thatsache nicht als Zeuge gehört werden.** Der Zeuge muß eine dritte Person sein, welche über ihre Wahrnehmungen betreffs der streitigen Thatsachen Auskunft giebt. Wenn hiergegen geltend gemacht werden will, daß nicht der Direktor, sondern die Aktiengesellschaft, welcher das Recht der Persönlichkeit zukomme, Partei sei, so wird dabei übersehen, daß diese (ideelle) Person, um sich nach außen geltend zu machen, eines Vertreters bedarf, welcher sie in ihrem rechtlichen Auftreten darstellt. Dies ist aber nach Art. 227 ff. H.-G.-B. der Vorstand, und muß hierbei besonderes Gewicht darauf gelegt werden, daß durch diesen die Eide namens der Gesellschaft zu leisten sind. Daraus allein folgt schon, daß derselbe nicht zugleich Zeuge sein kann, denn es ist rechtlich undenkbar, daß dieselbe Person betreffs der gleichen Thatsache, über welche ihr ein Parteieid zu- oder zurückgeschoben werden kann, zugleich auch als Zeuge vernommen werde. Es würde auf diese Weise dem bei der Abfassung der Prozeßordnung bestimmt abgelehnten Grundsatze, daß die Parteien nicht als Zeugen gehört werden sollen, Eingang verschafft werden, — wenigstens für alle die Fälle, in welchen die Partei, weil sie nicht selbst im Prozesse auftreten kann, solchen mittelst eines gesetzlichen Vertreters führt. Hieran vermag der Grundsatz der freien Beweiswürdigung nichts zu ändern, denn diese kann nur zulässigen Beweismitteln gegenüber eintreten. An dem Satze, daß derjenige, von welchem ein Parteieid zu leisten wäre, nicht auch als Zeuge gehört werden könne, ändert die wiederholt angerufene Bestimmung im §. 350 Ziff. 4 C.-P.-O. nicht nur nichts, sondern bestätigt ihn vielmehr; dieselbe beruht nämlich, wie sich aus den Motiven und den Kommissionsarbeiten ergiebt, auf der Bestimmung des §. 414, wonach der Eid nur der Partei, nicht einem Dritten zu- oder zurückgeschoben werden kann, darf also offenbar nicht auf solche Vertreter einer Partei bezogen werden, welche einen dieser zu- oder zurückgeschobenen Eid für dieselbe zu leisten haben, sondern vielmehr nur auf ehemalige Vertreter, welche nach den verschiedenen früheren Prozeßgesetzen im Wege der Adcitation (z. B. §. 123 der badischen Prozeßordnung) oder der Streitverkündigung behufs der Eideszuschiebung an sie in den Prozeß gezogen werden konnten. R. II. (112.) 400. 401. Art. 227.

Nach dem Handelsgesetzbuch wie nach der Natur der Sache **muß jede Aktiengesellschaft ein Willensorgan haben, die Generalversammlung, und ein ausführendes Organ, den Vorstand. Aus Zweckmäßigkeitsgründen fügt das Handelsgesetzbuch ein kontrollirendes Organ, den Aufsichtsrath, hinzu.** Es genügt aber zur Erfüllung der gesetzlichen Be-

stimmung, daß jede Aktiengesellschaft einen Vorstand haben muß (Art. 227 H.-G.-B.), nicht, daß eine Person oder mehrere als Vorstand bezeichnet und mit der Vertretung der Aktiengesellschaft betraut werden. Der Vorstand muß in der That Organ der Aktiengesellschaft, das heißt das Werkzeug sein, durch welches dieselbe ihren Willen zum Vollzug bringt. Die Aktiengesellschaft muß daher die Möglichkeit haben, vom Vorstande zu erzwingen, daß er gemäß ihrem Willen handelt, insbesondere die Beschlüsse der Generalversammlung zur Ausführung bringt. Deßhalb ist **die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft nicht befugt, die Einsetzung eines von den Beschlüssen der Gesellschaft unabhängigen, durch einen Anderen zu besetzenden Vorstandes zu beschließen.** Eine solche Gesellschaft würde der zur Wesenheit der Aktiengesellschaft erforderlichen Organisation entbehren. Die Generalversammlung kann die Gesellschaft in diese Lage ebensowenig versetzen, wie eine handlungsfähige physische Person durch freiwillige Unterwerfung unter die Vormundschaft eines anderen eine Selbstentmündigung herbeiführen könnte. Wenn sich die Aktionäre bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages den verfassungsmäßig zu Stande gekommenen Beschlüssen der Gesellschaft nur in den Angelegenheiten der Gesellschaft unterworfen haben, so sind für den nicht einwilligenden Aktionär nicht allein solche Beschlüsse der Gesellschaft unverbindlich, welche dem Gesellschaftszwecke fremde Angelegenheiten betreffen, sondern auch solche, welche der Gesellschaft selbst einen wesentlich andern Charakter aufprägen. Durch den Gesellschaftsvertrag vereinigen die Aktionäre ihre Vermögenseinlage zu dem gemeinsamen Zwecke in der Weise, daß nicht mehr der einzelne Aktionär je zu seinem Antheile, sondern nur noch die Gesammtheit der Aktionäre durch ihre verfassungsmäßigen Organe darüber zu verfügen berechtigt ist. Die Gemeinsamkeit der Interessen aller Aktionäre bietet dem einzelnen Aktionär Gewähr dafür, daß die von der Gemeinsamkeit getroffenen Verfügungen über das Gesellschaftsvermögen auch seinem Interesse entsprechen. Diese Gewähr würde mangeln, wenn die Verfügung über das Gesellschaftsvermögen einem außerhalb der Gesellschaft stehenden Dritten eingeräumt wäre, der sich möglicherweise durch Beweggründe, welche dem Gesellschaftsinteresse fremd oder gar entgegengesetzt sind, in seinem Verhalten bestimmen läßt. Es kann daher unter solchen Verhältnissen nicht angenommen werden, daß die Aktionäre durch Abschluß des Gesellschaftsvertrages der Gesammtheit auch das Recht einräumen wollen, in dieser Weise über das Gesellschaftsvermögen zu verfügen. — Wenn auch die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft befugt ist, die **Ueberlassung des Betriebes des Unternehmens derselben an einen Anderen** gegen eine den Aktionären zu zahlende Dividende von jährlich gleichem Betrage zu beschließen, so kann hieraus nicht eine Befugniß derselben dahin gefolgert werden, den Vorstand in obiger Weise zu organisiren. Wenngleich mit dem Aufhören des Selbstbetriebes eines Unternehmens ein wesentlicher Theil der von den Organen der Aktiengesellschaft aufzuwendenden Thätigkeit hinwegfällt und darum wohl Grund vorliegt, die lediglich zum Zwecke des Selbstbetriebes dienenden Organe und Anstalten der Gesellschaft zu beseitigen, so verbleibt doch der Gesellschaft auch nach der Ueberlassung des Betriebes und der Verwaltung an einen Anderen ein anderer Theil ihrer Wirksamkeit, insbesondere die Geltendmachung der aus dem Betriebsüberlassungsvertrage entspringenden Rechte der Gesellschaft gegen diesen Anderen und die Sorge für Erhaltung der Substanz des in der Verwaltung desselben befindlichen

Gesellschaftsvermögens und es bedarf für diesen Ueberrest eigener Thätigkeit der Gesellschaft eines den Willen derselben zur Ausführung bringenden Organes, als welches dieser Andere nicht angesehen werden kann. Ueberdies würde selbst dann, wenn die Gesellschaft, nachdem sie den Selbstbetrieb aufgegeben, ein für sie handelndes Organ nicht mehr bedarf, eine solche dem Vorstand gegebene Gestaltung nicht gerechtfertigt erscheinen. Aus dieser Voraussetzung könnte man den Schluß ziehen, daß kein Grund zum ferneren Bestehen der Gesellschaft vorhanden sei. Wenn aber diese Konsequenz aus irgend welchem Grunde nicht gezogen, vielmehr der Fortbestand der Gesellschaft beschlossen wird, so bleibt auch die Nothwendigkeit gesetzmäßiger Organisation derselben bestehen. — Wenn aber auch nach dem Statute zur Auflösung der Gesellschaft Stimmenmehrheit genügen würde, so kann hieraus nicht gefolgert werden, daß solche auch zu einem derartigen, die Auflösung der Gesellschaft vorbereitenden Beschlusse genügen müsse, denn zwischen dem Auflösungsbeschluß und dem in Rede stehenden Beschluß besteht nicht ein solches Verhältniß, daß der erstere als der weitergehende den letzteren mit einschlösse, so daß von der Zulässigkeit des ersteren auf die Zulässigkeit des letzteren geschlossen werden könnte. Vielmehr sind beide Beschlüsse nicht allein in Ansehung der Gesellschaftsgläubiger, sondern auch der Aktionäre von so wesentlich verschiedener Wirkung, daß ein Schluß von dem einen auf den anderen gänzlich unzulässig ist. Insbesondere tritt die Verschiedenheit derselben darin hervor, daß der Beschluß der Auflösung der Gesellschaft die Liquidation und Vertheilung des zur Zeit der Auflösung vorhandenen Gesellschaftsvermögens zur Folge gehabt haben würde, der fragliche Beschluß dagegen, welcher dem außerhalb der Gesellschaft stehenden Anderen das Recht der Verfügung über das Gesellschaftsvermögen einräumt, die Möglichkeit einer den Aktionären nachtheiligen Einwirkung auf dasselbe für den Zeitraum bis zur demnächstigen Auflösung der Gesellschaft offen läßt. R. III. (39.) 129—134.

Nach Art. 227 Abs. 3 H.-G.-B. kann der Vorstand einer Aktiengesellschaft jederzeit entlassen werden unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen. Es folgt hieraus, daß im Falle der Entlassung zu prüfen ist, ob dieselbe nach Maßgabe des Dienstvertrages eine berechtigte oder unberechtigte war, **ob** insbesondere, **falls eine Entlassung vor Beendigung der vertragsmäßigen Dienstzeit stattfand, rechtlicher Anlaß gegeben war, den Dienstvertrag ohne Entschädigung aufzuheben.** Ueber diese Frage bestimmt Art. 227 nichts und wollte er nichts bestimmen. Auch findet sich sonst im Handelsgesetzbuche keine bezügliche Bestimmung, denn die Art. 62—64, welche die Entlassung von Handelsgehilfen regeln, sind, wie das Reichsoberhandelsgericht mit Recht angenommen hat (Entsch. Bd. 13, S. 184, Bd. 19, S. 58 und 61 und Bd. 21, S. 375), auf Vorstände einer Aktiengesellschaft nicht anwendbar. Sie können, da die Verhältnisse ganz verschiedene sind, auch nicht einmal analoge Anwendung finden. Zur Annahme, daß etwa nach Handelsgewohnheitsrecht oder nach Handelsübung (Art. 1. 279 H.-G.-B.) Dienstverträge fraglicher Art einen andern Inhalt hätten, als sonstige Dienstverträge, ist ein Anlaß nicht gegeben. Es **müssen** daher **nach Art. 1 H.-G.-B. die bezüglichen Grundsätze des allgemeinen bürgerlichen Rechtes zur Anwendung kommen,** wie dies auch vom Reichsoberhandelsgerichte in seinen Entscheidungen, Bd. 19, Nr. 17 und 18 (S. 58 und 61) ausdrücklich

anerkannt und in den weiteren Entscheidungen Bd. 13, S. 184 und Bd. 21, S. 375 wenigstens nicht bestimmt verneint ist. Sollte übrigens in letzteren Entscheidungen das Reichsoberhandelsgericht von der Ansicht ausgegangen sein, es sei betreffs der Entlassung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft nicht das betreffende Landesrecht maßgebend, es sei vielmehr von allgemeinen, dem Richter ein freies Ermessen gestattenden Grundsätzen auszugehen, so könnte dieser Ansicht nicht beigepflichtet werden, da sie jedes gesetzlichen Haltes entbehren würde. R. VII. (26.) 77. 78. (Ueber Entlassungsgrund nach Code civil, siehe Art. 1110 und 1184. Bei Verträgen, die in so hohem Grade persönliches Vertrauen voraussetzen, kann auch ein Irrthum über wesentliche Eigenschaften der Person einen wesentlichen Irrthum im Sinne von Art. 1110 a. a. O. begründen. Uebrigens ist zu beachten, daß Verträge zu allem verpflichten, was die Natur derselben als selbstverständlich mit sich bringt [Art. 1135 Code civil], daher bei einem Dienstvertrage jeder Theil verpflichtet ist, ein Benehmen zu vermeiden, welches die sachgemäße Erfüllung des Vertrages unmöglich macht, ein Gesichtspunkt, der auch den Bestimmungen der Art. 62—64 H.-G.-B. zu Grunde liegt.) R. VII. (26.) 78. 79.

Art. 241.

Art. 241. **Die im Art. 241 H.-G.-B.'s normirte Verantwortlichkeit besteht nicht blos der Aktiengesellschaft, sondern auch Dritten, insbesondere Gesellschaftsgläubigern, gegenüber.** Siehe hierüber bei §. 248 ad R. V. (6.) 24. 25.

Ueber die **unmittelbare Haftung der Mitglieder des Vorstandes** siehe Art. 245 Abs. 4 ad R. VII. (34.) 106. 107.

Vierter Abschnitt.

Auflösung der Gesellschaft.

Art. 244.

Art. 244. **Die Organe einer Aktiengesellschaft,** insbesondere die Generalversammlung (Art. 231 Abs. 2), **verbleiben auch noch während der Liquidation für die Zwecke und bis zur Beendigung derselben,** soweit es sich mit dem Wesen der Liquidation verträgt, **in Wirksamkeit.** Dieser Satz ist durch die praktische Nothwendigkeit geboten und jetzt in der Rechtsprechung ziemlich allgemein anerkannt. [XVI. (69.) 286 ff. XVII. (14.) 45. XIX. (54.) 163. XXIV. (58.) 223 ff.] Geht man aber hiervon aus, so unterliegt auch die weitere Annahme, daß der einzelne Aktionär in Liquidationsangelegenheiten sich den verfassungsmäßig zu Stande gebrachten Beschlüssen der Generalversammlung unterwerfen muß, keinen Bedenken. Die Generalversammlung bildet fortgesetzt noch das Mittel, durch welches der Wille der Gesammtheit thätig wird und zur äußeren Erscheinung gelangt. Da die den Aktionären in den Angelegenheiten der Gesellschaft zuständigen Rechte in der Generalversammlung ausgeübt werden sollen (Art. 224 Abs. 1), so ist die Gesammtheit als ein selbständiges einheitliches Rechtssubjekt zu betrachten. Dasselbe kann nur einen Willen haben und eben deshalb darf die zunächst für die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft ertheilte

Vorschrift in Abs. 2 Art. 137 auf die Liquidation der Aktiengesellschaft nicht wörtlich, nicht so angewendet werden, daß zu der **nicht durch öffentliche Versteigerung bewirkten Veräußerung des Gesellschaftsgrundstückes** die Zustimmung sämmtlicher Aktionäre zu erfordern wäre. An die Stelle der „Zustimmung der sämmtlichen Gesellschafter" tritt bei der Aktiengesellschaft die Zustimmung der Generalversammlung, eine Willenserklärung, die nur in der gesetz- und statutenmäßigen Weise erfolgt zu sein braucht, um gegen alle Gesellschafter, auch gegen die in der Generalversammlung nicht erschienenen oder überstimmten Aktionäre Wirkung zu äußern. Wenn Art. 244 Abs. 2 „die bei der offenen Handelsgesellschaft über das Rechtsverhältniß der Liquidatoren gegebenen Bestimmungen" auf die Liquidation der Aktiengesellschaft angewendet wissen will, so sind damit selbstverständlich nur die anwendbaren Rechtssätze gemeint. Dies wird auch von Thöl (Handelsrecht Bd. I. §. 176 S. 536 der 6. Aufl.) mit Recht betont; und auf Aktiengesellschaften ist Abs. 2 des Art. 137 insofern nicht vollständig anzuwenden, als die hierauf gestellte Regel zwei oder mehrere zu selbständiger Willensäußerung befugte Personen vor Augen hat, während bei Aktiengesellschaften über Gesellschaftsangelegenheiten der Wille einer einzigen Person, der in der Generalversammlung durch die Abstimmung ermittelte Wille der Gesammtheit, den Ausschlag giebt. Gerade hierin unterscheidet sich die Aktiengesellschaft sehr wesentlich von der offenen Handelsgesellschaft. Denselben Schutz, den Art. 137 Abs. 2 den Mitgliedern der offenen Handelsgesellschaft gegen etwaige Vollmachtsüberschreibung der Liquidatoren gewährt, genießen auch die Mitglieder der Aktiengesellschaft, nur sind sie insoweit nicht als einzelne, sondern lediglich in der Gesammtheit schutzberechtigt. Denn dabei handelt es sich nicht um Sonderrechte des einzelnen, nicht um Rechte, vermöge derer der einzelne der Gesammtheit wie ein Gläubiger gegenübersteht [XXIII. (91) 274]. Die im Laufe der Liquidation vorgenommene Veräußerung unbeweglicher Sachen ist vielmehr recht eigentlich eine Angelegenheit der Gesellschaft (Art. 224), weil das Eigenthum am Gesellschaftsgrundstücke „der Aktiengesellschaft als solcher" zusteht (Art. 213 Abs. 1); sie als solche übt demnach auch das Recht zur Verfügung über das Grundstück aus. Allerdings können die Statuten einer Aktiengesellschaft für gewisse Fälle bestimmen, daß in der Generalversammlung nicht die einfache Stimmenmehrheit entscheide, daß vielmehr über einzelne Gegenstände durch eine größere Stimmenmehrheit oder nach anderen Erfordernissen Beschluß zu fassen sei (Art. 209 Nr. 11). R. III. (16.) 54—57.

Art. 245.

Abs. 1. Wenn das Statut einer älteren, bereits vor dem Inkrafttreten des deutschen Handelsgesetzbuches bestehenden Aktiengesellschaft die Klausel enthält, daß durch Beschluß einer außerordentlichen Generalversammlung mit einer Mehrheit von drei Vierteln der Stimmen unter staatlicher Genehmigung Zusätze und Abänderungen des Statutes erfolgen können, so kann auf Grund der letzteren unter Herrschaft des genannten Gesetzbuches rechtswirksam die Bestimmung getroffen werden, daß Aktionäre, welche die ihnen aus der Liquidation zustehenden Beträge nicht innerhalb fünf Jahren, vom Tage der bezüglichen Bekanntmachung an gerechnet, erhoben haben, ihrer Rechte auf dieselben zu Gunsten der Masse verlustig sein sollen. R. VII. (10.) 32—35. **Art. 245.**

Der Beschluß der Verlegung des Sitzes der Gesellschaft ins Ausland hat an sich dieselben Wirkungen, wie der einer Auflösung der Gesellschaft. Es tritt Liquidation ein, das Gesellschaftsvermögen wird nach Tilgung der Gesellschaftsschulden unter die Aktionäre vertheilt, der einzelne Aktionär kann diesen Anspruch klagend geltend machen. Die gesetzliche Bestimmung der Vertheilung des Gesellschaftsvermögens unter die Aktionäre (Art. 245 Abs. 1 H.-G.-B.'s) ist jedoch nicht eine zwingende in der Art, daß nicht durch das Statut andere Bestimmungen getroffen werden könnten. Das Statut kann bestimmen, daß das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft in anderer Weise verwendet, z. B. daß es wohlthätigen oder gemeinnützigen Anstalten zugewendet, oder daß aus demselben eine solche Anstalt errichtet werden, oder daß es einer bestimmten, gleichviel ob dem Inlande oder dem Auslande angehörenden Person schlechthin oder gegen Uebernahme gewisser Leistungen an die Aktionäre zufallen soll, und es kann nicht für ausgeschlossen erachtet werden, daß als eine solche Person eine schon bestehende oder neu zu bildende Aktiengesellschaft bezeichnet werde, betreffs deren eventueller Entstehung das Statut schon Bestimmungen enthalten und deren Leistung an die alten Aktionäre darin bestehen kann, daß dieselben als neue Aktionäre aufgenommen werden. Würde also das Statut einer Aktiengesellschaft die Bestimmung enthalten, es solle, wenn der Aufsichtsrath es für passend erachte, auf dessen Beschluß die Auflösung der Gesellschaft erfolgen, das Gesellschaftsvermögen jedoch nicht vertheilt werden, sondern auf eine neue Gesellschaft übergehen, welche sich mit dem Sitze in einem ausländischen Orte zum Zwecke der Fortsetzung des bisherigen Geschäftsbetriebes und unter den gleichen statutarischen Bestimmungen wie die alte Gesellschaft bilden werde, und an welcher jeder Aktionär nach Verhältniß seiner Betheiligung an der alten Gesellschaft als Aktionär theilzunehmen berechtigt sein solle, so könnte, wenn der Aufsichtsrath den betreffenden Beschluß gefaßt, der einzelne Aktionär denselben nicht unter Berufung auf die gesetzliche Bestimmung des Art. 245 Abs. 1 anfechten. R. VII. (23.) 70. 71. Siehe hierüber noch bei Art. 213 ad R. VII. (23.) 71. 72.

Abs. 4. Die unmittelbare Verantwortlichkeit des Liquidators einer Aktiengesellschaft gegenüber dem durch seine Vertheilungen verkürzten Gläubiger folgt, immer eine Verschuldung des Liquidators bei jener Nichtberücksichtigung des Gläubigers vorausgesetzt, aus der allgemeinen Tendenz der die Aktiengesellschaft betreffenden Normen wie auch aus ausdrücklichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs. Durch Zulassung der Vereinigung in der Form der Aktiengesellschaft gestattet das Gesetz eine Verbindung, bei welcher der Kreditgeber ausschließlich auf den Vereinigungsfonds als das Haftungsobjekt angewiesen wird. Vorhandensein dieses Fonds und Erhaltung desselben im Interesse des kreditgebenden Publikums mußte daher Gegenstand der Fürsorge des Gesetzes sein und ist Gegenstand derselben. Die Vereinigung muß bestimmte, vom Gesetze auferlegte Normen beobachten, welche zu einem großen Theile den Zweck der Erhaltung des Fonds im Interesse des Publikums verfolgen und daher in dessen Interesse gegebene gesetzliche Normativbestimmungen sind. Die Einhaltung dieser Bestimmungen ist in die Hände der verfügenden Gesellschaftsorgane gelegt. Diese sind daher, wenn auch von der Gesellschaft bestellt und rechtlich deren Beauftragte, doch zugleich vom Gesetz zu Wahrern des Fonds im Interesse der Gläubiger entsprechend jenen Normativbestimmungen

berufen (vgl. auch Motive zu Art. 177 des preuß. Entwurfes zum H.-G.-B. — jetzt Art. 204 — S. 89). Die naturgemäße Folge dieser Konstruktion ist die unmittelbare Verantwortlichkeit dieser Organe für schuldbare Verletzung jener Bestimmungen gegenüber dem dadurch beschädigten Gläubiger. An Stelle des Objektes, an welches der Gläubiger gewiesen ist, hat für ihn bei Entziehung desselben die Verantwortlichkeit derjenigen Personen zu treten, in deren Verpflichtung zur Erhaltung er seine eventuelle Sicherheit hat finden sollen. Die Verweisung des Gläubigers auf einen Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Organe, in den er sich exekutionsweise zu seiner Befriedigung einweisen zu lassen habe, erscheint künstlich und unzulänglich, da es in Wahrheit an einem verletzten Interesse der Gesellschaft fehlen kann, wo ein solches des Gläubigers besteht und insbesondere dieser Umweg bei bereits erfolgter Löschung der Gesellschaft besten Falles nur unter großen Schwierigkeiten, nach ertheilter Decharge überhaupt nicht, zum Ziele führen kann. Doktrin und Praxis fassen daher überwiegend den Art. 225 b. wie den Art. 241 H.-G.-B. im Sinne **unmittelbarer Haftung der betreffenden Gesellschaftsorgane für die daselbst behandelten Uebertretungsfälle gegenüber den Gesellschaftsgläubigern** auf. (Vgl. Renaud, Recht der Aktiengesellschaften S. 618. 619. 633; Anschütz und v. Völderndorff, Komm. Bd. 2, S. 533; Bekker, Zeitschr. für Handelsr. Bd. 17, S. 442; v. Hahn, Komm., 3. Aufl., zu Art. 204. 241. S. 644. 745; Thöl, Handelsr., 5. Aufl., Bd. 1, S. 478; Puchelt, Komm. zu Art. 225b und 241; v. Sicherer, Komm. zum Genossenschaftsgesetz §. 27, S. 259; Parisius, Komm. zu demselben, S. 313; auch §. 27 Abs. 5 des sächs. Gesetzes betr. die juristischen Personen vom 15. Juni 1868 [Zeitschr. für Handelsr. Bd. 13, S. 206]; Entsch. d. R.-O.-H.-G.'s, Bd. 19, S. 181). Die Richtigkeit dieser Auffassung folgt aus dem vorangestellten allgemeinen Gesichtspunkte, aus dem Mangel einer Einschränkung im Gesetze und aus der gleichen Tragweite der betreffenden Bestimmungen des franz. Rechts — Art. 10 des Gesetzes vom 17. Juli 1856 und Art. 44 des Gesetzes vom 24. Juli 1867 — denen die Vorschriften nachgebildet sind. Was speziell den Art. 241 H.-G.-B.'s anlangt, so erachtet das Gesetz neben seinen das Interesse der Gläubiger bezweckenden Normativbestimmungen auch alle statutarischen Normen und besonderen Aufträge, deren Nichteinhaltung das Interesse der Gläubiger berühren kann, als in gleichem Sinne im Interesse der Gläubiger innezuhaltende. Offenbar kann das Gesetz nicht diesen Standpunkt gerade für dasjenige Stadium haben verlassen wollen, in welchem sich die Fürsorge für die Gläubiger am meisten zu bewähren hätte, das der Auflösung der Gesellschaft. Wird auch in Betreff der Liquidation in Art. 244 Abs. 2 auf die offene Handelsgesellschaft verwiesen, so ergiebt sich doch der prinzipiell abweichende, der Stellung des Gesetzes gegenüber der Aktiengesellschaft bei ihrer Errichtung und ihrem Bestehen gemäße Standpunkt aus der zwingenden Natur der Vorschriften der Art. 243. 245. 202, während bei der offenen Handelsgesellschaft die Liquidation mit der im Art. 141 ertheilten Instruktion nur ein den Gesellschaftern vom Gesetze gewährtes Mittel für zweckmäßige Abwickelung ist (vgl. Entsch. d. R.-O.-H.-G.'s Bd. 24, S. 143 flg., Bd. 25, S. 276 flg.). Der Hinweis im Art. 244 auf die schon bei der offenen Handelsgesellschaft behandelte Liquidation hat daher nur den Sinn, daß deren Grundsätze insoweit anzuwenden sind, als sich nicht aus den besonderen Bestimmungen bei der Liquidation der Aktiengesellschaft und deren

Wesen ein Anderes ergiebt. Auch aus dem durch Art. 244 zur Anwendung berufenen Art. 140 ließe sich kein Argument gegen die unmittelbare Haftung der Liquidatoren der Aktiengesellschaft gegnüber den Gläubigern herleiten. Die Anwendung des Art. 140 auf die Aktiengesellschaft erfordert ohne Weiteres die Modifikation, daß an Stelle der einzelnen Gesellschafterindividuen die Gesammtheit der Aktionäre in der Generalversammlung zu treten hat. Muß aber an Stelle der anordnenden Individuen, die bei der offenen Handelsgesellschaft in ihrer Willkür unbeschränkt sind, weil sie die persönlichen Schuldner der Gläubiger sind und bleiben, die Generalversammlung als Organ der ganz anders gearteten Gesellschaft treten, so kann ein Generalversammlungsbeschluß auch nur insoweit eine Anordnung der Gesellschafter darstellen, als derselbe sich innerhalb der für die Gesellschaft durch Gesetz und Statut gegebenen Normen bewegt. Es muß daher auch der Art. 245 Abs. 4 im Sinne einer **unmittelbaren Haftung der Liquidatoren gegenüber den Gesellschaftsgläubigern**, entsprechend den Art. 248 Abs. 3 und 247 Nr. 3 und ohne Rücksicht auf die Fassungsunterschiede zwischen Art. 245 Abs. 4 und 248 Abs. 3, verstanden werden. (Vgl. Renaud, a. a. O. S. 888; v. Sicherer, a. a. O. S. 92. 93. 295.) (Ueber die Verantwortlichkeit der Liquidatoren gegenüber den Gläubigern über Verstöße gegen Gesetz, Statut oder besonderen Auftrag hinaus für alle der erforderlichen Sorgfalt entbehrenden Geschäftshandlungen siehe Renaud, a. a. O. S. 888 Abs. 4.) Die Pflicht der Berücksichtigung aller bekannten Gläubiger folgt aus dem Wesen der Liquidation und der Vertheilung des Vermögens einer Handelsgesellschaft. Alle Analogieen aus der gemeinrechtlichen Stellung eines peculiariter Haftenden oder des Benefizialerben, insoweit sie zu dem Grundsatze führen möchten, daß, wer zuerst kommt, zuerst empfängt, sind hier abzuweisen. Es handelt sich nicht um einen begrenzt haftenden Schuldner, sondern um ein Organ, das gerade zum Zwecke der Vertheilung des Vermögens zunächst unter die Gläubiger eingesetzt ist. Demgemäß ordnet Art. 243 ein Aufgebot der Gläubiger an und Art. 245 Abs. 3 verlangt durch seine Heranziehung der Abs. 2 und 3 des Art. 202, daß für die bekannten Gläubiger, auch wenn sie sich nicht melden, der Betrag ihrer Forderungen gerichtlich niederzulegen, bezw. sicherzustellen sei. Betrachtet auch der Art. 245 vorzugsweise die Stellung der Gläubiger im Verhältniß zur Stellung der Aktionäre, so sind doch die Bestimmungen seiner einzelnen Absätze auch in sich von selbständiger Bedeutung, wie es denn auch ein sonderbares Resultat sein würde, wenn die Liquidatoren von allen Rücksichten entbunden sein sollten, sobald nur überhaupt kein an die Aktionäre vertheilungsfähiger Ueberschuß vorhanden ist, bezw. an Aktionäre nichts vertheilt wird. Diese selbständige Bedeutung ergiebt sich aus der absoluten Erforderlichkeit des Aufgebotes der Gläubiger nach Art. 243, wie insbesondere auch aus den Fassungen der §§. 47. 84 des Reichs-Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868. und den §§. 32 und 34 des sächs. Gesetzes vom 15. Juni 1868 (Zeitschr. f. Handelsr. a. a. O. S. 207.) **Der Liquidator, der jedem bekannten Gläubiger zahlen, bezw. wenn er sich nicht meldet, doch für ihn niederlegen soll, kann daher nicht an den einzelnen Gläubiger zahlen, wenn er nicht zugleich bei sorgfältiger Prüfung zu der Annahme gelangen kann, daß er auch für die anderen Gläubiger ausreichende Masse habe.** Die Festsetzung der Verantwortlichkeit in Abs. 4 des Art. 245 bezieht sich aber auf ein Entgegenhandeln

gegen jede der in den vorausgegangenen Absätzen ertheilten Vorschriften. Hierzu kommt noch, daß im Art. 240 als gesetzliche Pflicht des Vorstandes die Beantragung der Konkurseröffnung, falls das Vermögen die Schulden nicht mehr deckt, und im Art. 241 noch besonders die Verantwortlichkeit desselben gerade für den Fall von Zahlungsleistungen zu einer Zeit, zu welcher ihm die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft hätte bekannt sein müssen, ausgesprochen ist. Damit ist auf das deutlichste verordnet, daß **der Vorstand für schuldbare Verletzung des Anspruches der Gläubiger auf verhältnißmäßige Vertheilung der unzulänglichen Masse verantwortlich ist. Die vom Gesetze im Interesse der Gläubiger ausdrücklich für den Vorstand während des Bestehens der Gesellschaft normirten Pflichten sind aber auch als Pflichten der Liquidatoren nach Auflösung der Gesellschaft zu erachten.** R. VII. (34.) 105—110.

Art. 248.

Statutarischer Vorbehalt der Einziehung des Aktienrechtes bei Einzahlungsverzug. Unwirksamkeit der Festsetzung, daß der Zeichner sich durch Aufgabe des Aktienrechtes von weiteren Einzahlungen soll befreien dürfen. Siehe hierüber und über die Frage, **ob die Ausübung des Einziehungsrechtes seitens der Gesellschaft nur die Rechte des Zeichners oder auch seine Pflicht zu weiteren Einzahlungen in Wegfall bringt,** bei Art. 220 ad R. II. (7.) 14—22. Art. 248.

Die Auflösung einer Aktiengesellschaft unter Eintritt derselben in den Liquidationszustand begründet für sich allein kein Recht vorzeitiger Lösung der auf einen längeren Zeitraum eingegangenen Vertragsverhältnisse seitens des Gegenkontrahenten der Aktiengesellschaft. Das Handelsgesetzbuch bestimmt weder ausdrücklich, daß bei der Auflösung einer Aktiengesellschaft die von derselben für längere Dauer eingegangenen Verträge hinfällig würden, noch ist aus seinen Grundsätzen über Auflösung und Liquidation solche Hinfälligkeit zu folgern. Das Handelsgesetzbuch hat Vorsorge getroffen, daß trotz Auflösung der Aktiengesellschaft das Vermögen derselben und ihre Rechtspersönlichkeit, um den Gläubigern Befriedigung zu gewähren bezw. Rede zu stehen, erhalten wird, und den Vertretern derselben ist die Beendigung der laufenden Geschäfte und die Erfüllung der Verpflichtungen der Gesellschaft auferlegt. Es kann deßhalb nicht von einer blos fingirten Fortdauer der Gesellschaft gesprochen werden. Ebensowenig kann der Gegenkontrahent der Aktiengesellschaft die Auflösung der Vertragsverhältnisse abstrakt daraus herleiten, daß mit dem Zweck der Liquidation die Fortdauer von Vertragsverhältnissen unvereinbar sei. Wie die Liquidation auszuführen, das ist, vorbehaltlich der Einhaltung der gesetzlichen Kautelen, die Sache der an der Gesellschaft Betheiligten. Das Handelsgesetzbuch behandelt lediglich die Rechtsstellung der Liquidatoren gegen die Gesellschaft und ihre Legitimation gegen Dritte. Die Bestimmung in Art. 137 H.-G.-B.'s, „die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen," hat nicht den Sinn, es müßten dieselben noch laufende Geschäfte in ihrem Laufe unterbrechen und zu vorzeitigem Ende bringen, am allerwenigsten in der Tragweite eines hierauf begründeten Rechts Dritter. Falls es dem Wesen einer Liquidation nicht entspricht, daß Vertragsverhältnisse von nicht absehbarer Dauer und mit nicht absehbaren Folgen ausgehalten werden, so mögen die Aktionäre die Liquidatoren zwingen können, die Verwandlung jener schweben-

den Verhältnisse in feste Lösungen zu versuchen. Ob die Gegenkontrahenten deßhalb, weil sie mit einer Gesellschaft kontrahirt haben, gezwungen sind, bei erfolgender Auflösung derselben in Auflösung der Vertragsverhältnisse zu willigen, wenn ihnen ihr Interesse an Aushaltung der Verträge voll vergütet wird, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls können die Gegenkontrahenten nicht daraus ein Recht zur Auflösung der Verträge herleiten, daß nach ihrer Meinung eine solche im Interesse der Gesellschafter, bezw. Aktionäre, liegen müßte. Es kann nur immer nach der Besonderheit des einzelnen in Frage stehenden Vertragsverhältnisses in Verbindung mit den maßgebenden Grundsätzen des betreffenden bürgerlichen Rechts geprüft werden, ob durch den Fortfall der produktiven Seite der geschäftlichen Thätigkeit für die Zukunft, wie solcher allerdings bei Auflösung der Gesellschaft anzunehmen ist, eine wesentliche Voraussetzung des Vertragsverhältnisses eine erhebliche Aenderung erleidet und danach einen Grund zu vorzeitiger Lösung des Vertragsverhältnisses giebt. R. V. (2.) 7—9.

Die Zurückzahlung von Einzahlungen vor Eintragung der unter Bescheinigung gedachter Einzahlungen angemeldeten Gesellschaft fällt unter das Verbot der Art. 216. 248 H.-G.-B.'s. Ist die Zurückzahlung durch den Vorstand geschehen und ist der zurückgezahlte Betrag Gesellschaftsvermögen, so daß er durch dessen Zurückzahlung als Vorstand den Vorschriften des Gesetzes zuwiderhandelte, so wird er dadurch **nicht blos der A.-G., sondern auch Dritten hierdurch Verletzten, insbesondere den Gesellschaftsgläubigern,** die im Vertrauen auf das Vorhandensein des eingezahlten und als eingezahlt kundgegebenen Grundkapitalbetrages und dessen Wirken im Geschäftsbetriebe kreditirt hatten, **verantwortlich.** Dies ergiebt sich einmal aus Art. 241, Abs. 2 H.-G.-B., in welchem Theorie und Praxis überwiegend eine die Verantwortlichkeit auch gegen Dritte begründende Norm erkennen (vgl. Entsch. d. R.-O.-H.-G.'s, Bd. 19, S. 181, ex analog. Art. 225 b. 245. 248 H.-G.-B.; Thöl, Handelsrecht 5. Aufl. I. S. 479; Anschütz und Völderndorff, Kommentar Bd. 2, S. 533; Renaud, Recht der Aktiengesellschaften 2. Aufl. S. 618 fg.; v. Hahn, Kommentar, 3. Aufl., zu Art. 241 §. 4, S. 745), sodann aber noch besonders für den vorliegenden Fall aus Art. 248, Abs. 3 H.-G.-B.'s. Diese Gesetzesstelle unterscheidet nicht zwischen dem Falle, daß bereits vorhandenen Gläubigern ohne Bekanntmachung des Zurückzahlungsbeschlusses und ohne ihre Befriedigung Grundkapital durch Zurückzahlung an die Aktionäre entzogen wird, und dem, daß Grundkapital heimlich zurückgezahlt wird und neue Gläubiger im Vertrauen auf das Vorhandengebliebene des kundgegebenen Grundkapitals entstehen. Beiden Arten von Gläubigern gegenüber wird daher, soweit ihr Interesse reicht, die Haftung begründet. Die Zahlung des geforderten Kapitalsbetrages rechtfertigt sich vom Gesichtspunkte sowohl des Gläubigerrechtes gerade auf Erstattung der geleisteten Zahlungen, wie es Art. 248 in Anschluß an Art. 245 ausdrücklich vorschreibt, als auch des Gesellschafts- und Gläubigerrechts auf Schadensersatz, wie es Art. 241 giebt. R. V. (6.) 24. 25.

Art. 249.

Art. 249. **Ziff. 2.** Ist eine Aktiengesellschaft äußerlich durch notariellen Vertrag und Eintragung in das Handelsregister (Art. 211 des deutschen H.-G.-B.'s existent geworden, und ist sie als Rechtssubjekt, Verbindlichkeiten übernehmend

und Rechte erwerbend, aktuell ins Leben getreten, so kann die Gesetzgebung, welche die Mitwirkung eines Aufsichtsrathes als Gesellschaftsorgan zu den wesentlichsten Garantien einer Aktiengesellschaft im Interesse der Aktionäre, wie des geschäftstreibenden Publikums rechnet, das Dasein dieses Erfordernisses nicht in den Zufall und die Willkür der den Gesellschaftsvertrag vollziehenden Personen gestellt haben. Indem das H.-G.-B. im Art. 209[6] verordnet: „Der Gesellschaftsvertrag muß insbesondere bestimmen: 6. die Bestellung eines Aufsichtsrathes von mindestens drei aus der Zahl der Aktionäre zu wählenden Mitgliedern", indem der Art. 210a die Eintragung in das Handelsregister, wodurch die Gesellschaft erst rechtsfähig wird, von dem Nachweis der vertragsmäßigen Wahl des Aufsichtsrathes abhängig macht, und indem endlich der Art. 249[2] den Mangel des Aufsichtsrathes zu einer kriminell strafbaren Pflichtverletzung der Vorstandsmitglieder erhebt, ist unzweideutig durch das Gesetz den Vorstandsmitgliedern unter ihrer persönlichen Verantwortlichkeit die Verpflichtung auferlegt, für die statutarische Anordnung und Einsetzung des Aufsichtsrathes Sorge zu tragen. Insbesondere gelangt diese unbedingte gesetzliche Verpflichtung durch die Strafandrohung des Art. 249 des H.-G.-B. zum klarsten Ausdruck: hier ist nicht davon die Rede, etwa nur eine dem Gesellschaftsvertrage zuwider unterbliebene Bestellung des Aufsichtsrathes unter Strafe zu stellen, sondern das schuldhafte Unterbleiben dieser Bestellung an und für sich wird für strafbar erklärt. Und **daß schon bei Abschließung des Gesellschaftsvertrages und Eintragung in das Handelsregister die gesetzlichen Vorschriften bezüglich des Aufsichtsrathes unbeachtet geblieben sind, kann diese Gesetzwidrigkeit in ihrer objektiven Erscheinung nicht mindern, sondern nur erhöhen. — „Schuld" im Sinne der Nr. 2 des Art. 249 des H.-G.-B.'s umfaßt** zweifellos im Gegensatz zu den in Nr. 1 und 3 desselben Artikels bedrohten „vorsätzlichen" oder „wissentlichen" Handlungen **sowohl den Vorsatz, wie die Fahrlässigkeit.** Unkenntniß des Strafgesetzes, welches eine gesetzliche Pflicht aufstellt und die Pflichtverletzung ahndet, vermag in keinem Falle die subjektive Zurechenbarkeit der mit Strafe bedrohten Handlung oder Unterlassung aufzuheben. Auch die bloße Unkenntniß der civilrechtlichen Vorschriften, auf denen die Verpflichtungen der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft beruhen, würde in einem Falle, wo auch fahrlässiges Nichthandeln oder Andershandeln den Thatbestand des eigentlichen Unterlassungsdelikts erfüllt, die Schuld des Angeklagten nicht ohne weiteres zu beseitigen im Stande sein. Wer die Stellung des Vorstands einer Aktiengesellschaft übernimmt, übernimmt damit zugleich auch die Verpflichtung, sich um die gesetzlichen Erfordernisse einer Aktiengesellschaft und die Obliegenheiten der Vorstandsmitglieder zu kümmern. Unterläßt er dieses, so ist seine Rechtsunkenntniß selbst eine fahrlässig verschuldete. Wohl aber könnte allerdings ein Irrthum über Inhalt und Bedeutung der die Aktiengesellschaften regelnden Bestimmungen des bürgerlichen, bezw. des Handelsrechts den Angeklagten dann zur Entschuldigung gereichen, wenn dieselben auch bei pflichtmäßigem Handeln und in gewissenhaftem Bestreben, die ihnen gesetzlich obliegenden Aufgaben zu beobachten, über den Umfang der letzteren in Irrthum versetzt worden sind. **Ein derartiger in keiner Pflichtversäumniß wurzelnder, auch von einem vorsichtigen und pflichtbewußten Manne nicht vermeidlicher Irrthum über Thatsachen oder Rechtssätze** würde allerdings **als entschuldbar und somit als ein die**

zurechenbare Schuld aufhebendes Moment zu erachten sein. RA. III. (340.) 712—716. R. f. Str. V. (51.) 161—165.

Ziff. 3. Auch die von dem Vorstande dem Aufsichtsrathe gemachten unwahren Vermögensdarstellungen, gleichviel ob sie zur Veröffentlichung oder Besprechung in der Generalversammlung gelangten oder nicht, werden von der Strafbestimmung des Art. 249 Ziff. 3 betroffen. Wenn das bezeichnete Gesetz „die Mitglieder des Aufsichtsrathes und des Vorstandes“ unter den daselbst angegebenen Voraussetzungen mit Strafe bedroht, so ist damit nicht eine gemeinschaftliche Thätigkeit der genannten Organe der Aktiengesellschaft bezeichnet und vorausgesetzt, sondern sind neben einander alle jene Persönlichkeiten aufgeführt, welche sich einer strafbaren Handlung im Sinne des Art. 249 schuldig machen, und ist sonach auch nicht vorausgesetzt, daß die Darstellungen des Vorstandes nothwendig gegenüber Anderen, als dem Aufsichtsrathe, erfolge. Eine derartige Beschränkung ist aber auch dem übrigen Wortlaut des Art. 249 nicht zu entnehmen. Die Bestimmung im Art. 249 Ziff. 3 enthält hinsichtlich der darin erwähnten „Darstellungen“ und „Uebersichten“ keinerlei Beisatz bezüglich der Personen oder Orte, an welche, bezw. in welchen, dieselben gerichtet oder abgegeben sind, schließen sonach auch nicht solche Darstellungen und Uebersichten aus, welche nur an den Aufsichtsrath gerichtet oder in einer Sitzung desselben abgegeben worden und zunächst nur für diesen bestimmt sind; insbesondere ergiebt der Umstand, daß in Art. 249 Ziff. 3 noch eine besondere Bestimmung hinsichtlich der in der Generalversammlung gehaltenen Vorträge getroffen ist, daß unter den „Darstellungen“ und „Uebersichten über den Vermögensstand“ nicht etwa blos solche, die an die Generalversammlung gerichtet oder in dieser abgegeben worden, gemeint sind. Der Zweck des Gesetzes ist, wie dies auch aus den Motiven des Gesetzentwurfes (Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes I. Legislaturperiode, Session 1870, Bd. 4, S. 649 ff., insbesondere S. 657. 659) erhellt und durch die Reichstagsverhandlungen über denselben (Bd. 2, S. 1055 ff., 1180 ff.) nicht widerlegt wird — wobei nur der Umstand zu erwähnen, daß einzelne bei den Reichstagsverhandlungen aufgetretene Redner mehr die eine oder andere Seite der Richtung des Schutzes durch das bezeichnete Gesetz hervorhoben — die Schaffung einer weiteren Garantie nach Aufhebung des Erfordernisses der staatlichen Genehmigung der Aktiengesellschaft. Dieser Schutz soll allen möglicherweise Betheiligten, mögen sie nun Aktionäre oder sonstige Personen sein, zu Theil werden. Der Gewährung dieses Schutzes dient nun nicht blos der Umstand, daß die Darstellungen, welche zur Einsicht oder Mittheilung an die Aktionäre oder zur Veröffentlichung für das Publikum bestimmt, wahrheitsgetreu sind, sondern daß auch die zunächst nicht diesen Zweck verfolgenden Darstellungen an jene Organe der Gesellschaft, welche das Interesse der Gesellschaft zu wahren berufen sind, der Wahrheit entsprechen, damit diese Organe in die Lage gesetzt, bezw. nicht durch das Gegentheil davon gehindert werden, dieser Verpflichtung nachzukommen. Ein solches Organ bildet aber gerade der Aufsichtsrath, mag er nun im einzelnen Fall berufen sein, die Generalversammlung zu vertreten oder nicht. Eben so wenig kann nach der Natur der Sache ein Grund gegen die entwickelte Gesetzesauslegung daraus entnommen werden, daß der Aufsichtsrath seinerseits nicht allein auf die Darstellungen des Vorstandes angewiesen, sondern auch zur eigenen Einsichtsnahme und

Prüfung berufen ist. Das Gesetz hat es auch vermieden, die Darstellungen, bezw. Uebersichten näher zu bezeichnen und hat namentlich (offenbar um Mißdeutungen insbesondere einer zu engen Gesetzesauslegung vorzubeugen) überlassen, dem in den Motiven erwähnten kgl. würtemb. Einf.-Ges. vom 13. August 1865 auch in der Aufnahme des Wortes „officiellen" vor dem Worte „Darstellungen" sich anzuschließen. Entscheidend ist für die Anwendung des Art. 249 Ziff. 3 allerdings, daß die Darstellung von dem Mitgliede des Vorstandes in dieser seiner Eigenschaft gemacht wurde, und in so fern mag man sie mit dem Worte „amtliche" oder einem ähnlichen bezeichnen. RA. III. (329.) 689—691. R. f. Str. V. (45.) 146—149.

Art. 249 a.

Die Reichsgesetzgebung erachtet die unterlassene Anzeige der Zahlungseinstellung der Aktiengesellschaft nicht für strafwürdig. Art. 249a.
Der Konkurs einer Aktiengesellschaft soll nämlich auch jetzt, wie ähnlich die preußische Konkursordnung §. 281 vorgeschrieben hatte, eröffnet werden, im Falle der Zahlungsunfähigkeit und im Falle der Ueberschuldung (§. 193. R.-C.-Ord.). Zahlungsunfähigkeit ist aber anzunehmen, wenn Zahlungseinstellung erfolgt ist (§. 94 a. a. O.). Nun ist es bezüglich der Verpflichtung der Gesellschaftsvorstände, die Ueberschuldung der Aktiengesellschaft zur gerichtlichen Anzeige zu bringen und so den Konkurs herbeizuführen, bei der Vorschrift des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches Art. 240 und bei der entsprechende Strafvorschrift des Gesetzes vom 11. Juni 1876 Art. 249 a verblieben, ohne daß die Reichsgesetzgebung den Gesellschaftsvorständen unter Strafandrohung die Verpflichtung auferlegt hätte, auch in dem Falle, in welchem jetzt nach der Reichsgesetzgebung der Konkurs zu eröffnen ist, nämlich bei vorliegender Zahlungsunfähigkeit, die Eröffnung des Konkurses durch eine entsprechende Anzeige herbeizuführen. Das läßt sich kaum anders erklären, als daß die Reichsgesetzgebung die Verheimlichung der Zahlungsunfähigkeit einer Aktiengesellschaft seitens der Gesellschaftsvorstände nicht in gleichem Maße für strafwürdig erachtet hat, wie die Verheimlichung einer Ueberschuldung. R. f. Str. II. (167.) 403. 404.

Drittes Buch.

Von der stillen Gesellschaft und von der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung.

Erster Titel.

Von der stillen Gesellschaft.

Art. 250.

Art. 250. Der Art. 250 bestimmt: „Eine stille Gesellschaft ist vorhanden, wenn sich Jemand an dem Betriebe des Handelsgewerbes eines Andern mit einer Vermögenseinlage gegen Antheil an Gewinn und Verlust betheiligt. Hiernach gehört **die Theilnahme an dem Verluste zu den Voraussetzungen für das Vorhandensein einer stillen Gesellschaft.** Eine Vereinbarung, der zufolge der Socius mit seiner Vermögenseinlage nur theilnimmt an dem Gewinn, nicht an dem Verluste des Betriebes, ist nun zwar weder gesetzlich unzulässig, noch erscheint sie an sich unvereinbar mit dem Wesen einer stillen Gesellschaft. Aber jene Begriffsbestimmung dient offenbar dem Zwecke, festzustellen, unter welchen Voraussetzungen die für die stille Gesellschaft geltenden Vorschriften des Handelsgesetzbuches unmittelbar anwendbar sein sollen. Und wenn damit auch der Privatwillkür Abweichungen von dieser Begriffsbestimmung nach der einen oder anderen Richtung hin selbstfolglich nicht verschlossen sind, so ist es doch immer nur auf den Willen der Kontrahenten zurückzuführen, sofern mit den dadurch gebotenen Beschränkungen im Uebrigen die Vorschriften des Handelsgesetzbuches auch auf ein bloßes Societätsverhältniß anwendbar bleiben, und wird es also stets nach dem Inhalt des Vertrages sich zu richten haben, ob und inwieweit eine Unterwerfung unter die Vorschriften des Handelsgesetzbuches als vereinbart angesehen werden darf. R. III. (5.) 8—10.

Zweiter Titel.

Von der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung.

Art. 266.

Art. 266. Der Art. 266 setzt ein Handelsgeschäft voraus. **Die Vereinigung mehrerer zur Eingehung eines Nichthandelsgeschäftes für gemeinschaftliche Rechnung ist keine handelsrechtliche Gesellschaft.** R. VI. (2.) 8.

Gelegenheitsgesellschafter oder Handlungsbevollmächtigter? Beweislast des Gemeinschaftstheilungsklägers, wenn der Beklagte angiebt, daß der Kläger nicht sein Gesellschafter, sondern sein Handlungsbevollmächtigter sei. Hierüber folgender Fall: In den Erklärungen des Beklagten liegt nicht ein Zugeständniß, sondern ein qualifizirtes Bestreiten des

von dem Kläger behaupteten Abschlusses eines Gesellschaftsvertrages. Wenngleich das Recht auf eine Quote des aus einem Geschäfte zu erzielenden Gewinnes verknüpft mit der Einlage bloßer Dienste dem Wesen der Gelegenheitsgesellschaft nicht widerspricht, so entsteht doch dadurch, daß ein Kaufmann, welcher einen Spekulationskauf von Hölzern auf dem Stamme abzuschließen beabsichtigt, für den Fall des Kaufabschlusses eine Person zur Beaufsichtigung des Holzabtriebes im Walde, zur Thätigung von Verkaufsabschlüssen mit Abnehmern, zur Führung der Rechnungen und Korrespondenz gegen eine Vergütung, welche auf eine bestimmte Quote des etwaigen Reingewinnes aus dem Spekulationsgeschäfte in Rede bestimmt wird, engagirt, zwischen jenem Kaufmanne, in dessen Handelsgewerbebetriebe der Abschluß jenes Spekulationsgeschäfts demnächst gethätigt wird, und jener von ihm engagirten Person keine Gelegenheitsgesellschaft; vielmehr wird diese Person (je nach der sonstigen Lebensstellung derselben und den sonstigen Momenten des Engagementsvertrages) als Handlungsgehilfe (commis intéressé) oder als Handlungsbevollmächtigter erscheinen, welchem eine durch Erzielung eines Reingewinnes überhaupt aus jenem Spekulationsgeschäfte aufschiebend bedingte und nach der Höhe des erzielten Reingewinnes in Bezug auf den Betrag relativ bestimmte Vergütung für seine verdungenen Dienste von dem Herrn des Geschäfts zugesichert ist. Der Kläger ist daher beweispflichtig für die vorgekennzeichnete klagefundamentale Behauptung. R. VI. (20.) 79. 80.

Anhang.

Ueber Konsortien und Unterkonsortien, als: Gründerkonsortien, Konsortial- und Unterkonsortialbetheiligungen.

Rechtliche Natur einer Unterkonsortialbetheiligung. Das Konsortialbetheiligungsverhältniß ist, insbesondere beim Vorhandensein von Syndikatsbedingungen, nach welchen Freiheit von Rechnungslegung und Auskunftsertheilung über die Begebungsoperationen ausbedungen, ein Gesellschaftsverhältniß ganz besonderer Art. Die Verpflichtungen des Konsortialen bei Auflösung des Syndikats sind besonders und in eigenthümlicher Art normirt. Er muß das Ergebniß, welches das Syndikat angiebt, ohne weitere Rechenschaft und Auskunft fordern zu dürfen, als richtig annehmen und danach die als unverkauft bezeichneten Aktien nach Verhältniß seiner Betheiligung an dem vom Syndikate bestimmten Tage gegen Zahlung des Konsortialkurses abnehmen. Die vertragsmäßige Lage der Konsortialen besteht also in der Verpflichtung, das vom Syndikate mitgetheilte Ergebniß zu acceptiren und danach das Erforderliche zu leisten, sofern er nicht in der Lage ist, einen Widerspruch durch besondere Einwendungen zu begründen. Diese eigenthümliche Lage mit ihren Ergebnissen überträgt der Konsortiale durch Ueberlassung seines Antheiles oder eines Theiles desselben auf den Unterbetheiligten. Die Statuirung einer unzulässigen Ungleichartigkeit der Lagen wäre es aber, wenn man zulassen wollte, daß, während der Hauptbetheiligte zur Zeit der Auflösung des Syndikats bei Anwendung schuldiger Sorgfalt keine gegründeten Einwendungen gegen das vom Syndikate aufgestellte Ergebniß zu finden und ihm auch der von diesem Ergebnisse in Kenntniß gesetzte Unterbetheiligte keine solche zu suppeditiren vermochte, der Unter-

betheiligte sein Zögern in Erfüllung der ihn treffenden Verpflichtungen dazu benutzen dürfe, um nachträglich an den Tag getretenen Stoff für Einwendungen gegen das Syndikat dem Hauptbetheiligten entgegenzuhalten und diesen darauf zu verweisen, durch Kondiktionen gegen das Syndikat seine ehemalige Lage wieder herzustellen. Gleichviel ob der Hauptbetheiligte die Betheiligung vom Anfang an im Auftrage eines Hintermannes erworben oder ob er eine ohne solchen Auftrag erworbene einseitig ganz oder theilweise an den Hintermann abgetreten hat, immer muß bei der eigenthümlichen Natur eines derartigen Verhältnisses als Wille der Interessenten angesehen werden, daß der Hauptbetheiligte alle Verpflichtungen, welche er im Zeitpunkte der Auflösung des Syndikats bei Prüfung der Sachlage und des mitgetheilten Ergebnisses mit schuldiger Sorgfalt zu erfüllen in die Lage kam, auf den Unterbetheiligten nach Verhältniß der Betheiligung desselben im Wege des Rückgriffes sollte abwälzen dürfen. **Die spätere Entdeckung von Vertragsverletzungen seitens des Syndikats kann dem Unterbetheiligten nur das Recht geben, vom Hauptbetheiligten Abtretung der diesem etwa gegen das Syndikat zustehenden Kondiktionsrechte zu verlangen.** R. I. (35.) 76—80.

Einfluß des Ausscheidens von Konsortialen im Wege der Annullirung ihrer Betheiligung auf die Verpflichtung der übrigen. Für das Verhältniß des einzelnen Konsortialen ist das Vorhandensein, die Zahl und die Betheiligungshöhe anderer Konsortialen ganz ohne Belang. Ihm steht allein der Syndikatsleiter gegenüber, welcher gegenüber seiner Betheiligung das ganze angegebene Aktienkapital, gleichviel für wessen Rechnung vertritt. Nach Verhältniß dieses Gesammtkapitales zu der genommenen Betheiligung des einzelnen Konsortialen wird zwischen ihnen der durch Begebung — an dritte Käufer, nicht an andere Konsortialen — zu erzielende Gewinn, beziehungsweise die Pflicht, Aktien abzunehmen, regulirt. So wenig es den einzelnen Konsortialen rechtlich interessirt, ob der Syndikatsleiter außer dieser seiner Betheiligung noch andere abgesetzt hat, so wenig ist es für ihn von Belang, ob eine abgesetzte Betheiligung wieder zurückgezogen ist. R. I. (35.) 80—82.

Bei einem Fortfall der Begebungsmöglichkeit der Aktien eines Eisenbahnunternehmens in Folge Zahlungsunfähigkeit eines Mitgliedes des Uebernahmekonsortiums ist die eingetretene Insolvenz eines Mitgliedes des Finanzkonsortiums nicht ein von den Konsortialbetheiligten zu tragender Zufall, sondern es entsteht für diese ein Recht, sich vom Betheiligungsvertrage loszusagen, denn das Solventbleiben, bezw. das Imstandesein des Finanzkonsortiums, die erforderlichen Einzahlungen auf die Aktien zur Bauausführung machen zu können, so daß nicht durch Unfähigkeit hierzu die Begebungsaussicht vereitelt wird, ist eine dem Finanzkonsortium, bezw. den für dieses als Betheiligter Aufgetretenen obliegende Leistung für das Gesellschaftsverhältniß, mit deren Wegfall auch die Betheiligten aufhören, gebunden zu sein. Die Konsortialbetheiligten übernehmen antheilig jede Gefahr in Betreff der Begebungsmöglichkeit der Aktien, die in den Marktverhältnissen, der Schätzung der Rentabilität der Eisenbahnlinie und der Geschicklichkeit der Syndikatsleiter ihren Grund hat. Die Gefahr aber, daß die Proponenten der Betheiligung selbst die Aktien ganz oder theilweise nicht abnehmen können, deshalb das ganze Unternehmen ins Stocken geräth und die Begebung unmöglich wird, haben sie, wenn hierüber nichts Besonderes festgesetzt ist, nicht zu tragen. Es handelt sich

in einem solchen Falle um die Nichterfüllung einer Verpflichtung seitens des Aktienübernahmekonsortiums (Finanzkonsortiums), welche für den Gesellschaftszweck derartig grundlegend ist, daß bei der dadurch bewirkten Unmöglichkeit der Erfüllung jenes Zweckes dem Betheiligten das Recht, vom Vertrage sich loszusagen, zugestanden werden muß. Sollen die Konsortialbetheiligten bei dem Vertragsverhältnisse festgehalten werden, so müssen die übrigen Finanzkonsortien für das wegen Insolvenz in Wegfall gekommene Mitglied in Betreff der Leistung der Mittel zum Baue durch entsprechende Einzahlung auf die Aktien eintreten. — Der **Unterschied zwischen der sog. Konsortialbetheiligung und der Theilnahme am Gründer- oder Aktienübernehmer-Konsortium** ist also von Wesenheit. Die Mitglieder des letzteren bilden in Beziehung auf die Pflichten auf Uebernahme der betreffenden Aktien und die entsprechenden Rechte auf dieselben das sogenannte Finanzkonsortium. Insoweit sie miteinander zu gemeinschaftlicher Uebernahme und Verwerthung der Aktien verbunden sind, haben sie untereinander den Eintritt des Bankerottes eines von ihnen, der diesen zur Erfüllung seiner Uebernahmepflicht unfähig macht, als einen Zufall zu tragen, der ihre gesellschaftliche Verbindung nicht ungeschehen machen kann. Wenn sie in dieses ihr Konsortium weitere Theilnehmer aufnehmen, so kommen diese in die gleiche Lage, jenen Zufall zu tragen. Anders aber ist es, wenn Mitglieder des Finanzkonsortiums im eigenen Namen, aber für Rechnung des Finanzkonsortiums, in Bezug auf das ungetheilt angegebene Aktienkapital für den Zweck vortheilhafter Aktienbegebung, Gesellschaften mit dritten Personen des Inhaltes eingehen, daß der Vortheil einer Begebung durch öffentliche Subskription über einen bestimmten, namhaft gemachten Kurs, dem gewonnenen Gesellschafter nach Verhältniß des von ihm genommenen Antheiles am Aktienbetrage zufallen solle, derselbe aber auch beim Mißlingen solcher Begebung den entsprechenden Betrag Aktien zu jenem Kurse abzunehmen hat. Dies ist die Bedeutung der Bildung der Syndikatsgesellschaften, bezw. Ausgabe von Konsortialbetheiligungen. Die sich hieran Betheiligenden treten nicht in das Finanzkonsortium ein, diese Syndikatsgesellschaften sind vielmehr neue, selbständige Gesellschaften zwischen den für Rechnung des Finanzkonsortiums Proponirenden, die zusammen den einen, ungetheilt auftretenden, Gesellschafter darstellen, und den sich hieran Betheiligenden. Bei einer Aufnahme in das Finanzkonsortium hat der Aufgenommene ein Anrecht auf einen Aktienkurs, zu welchem das Finanzkonsortium die Aktien zu erhalten befugt ist, und der sehr wohl unter dem sog. Syndikats- oder Konsortialkurse sein kann. Er ist an denjenigen Gewinnen, bezw. Entlastungen theilzunehmen berechtigt, welche gerade durch Begründung der Syndikatsgesellschaften, bezw. Unterbringung von Konsortialbetheiligungen erzielt werden. Denn diese neuen Gesellschaften werden im Auftrage des Finanzkonsortiums gerade zu dem Zwecke begründet, um das Finanzkonsortium von seinen Verpflichtungen zu entlasten, bezw. für dasselbe in Höhe des Differenzbetrages zwischen dem eigenen Uebernahmepreise der Aktien und dem Konsortialkurse einen Gewinn zu realisiren. R. VII. (33.) 100—105.

Art. 268.

Beweislast bei streitigem Theilungsmaßstabe des Reingewinnes einer Gelegenheitsgesellschaft, falls der Theilungskläger ausdrückliche Vereinbarung der Gewinntheilung nach Köpfen und das Fehlen einer aus- Art. 268.

drücklichen Abrede über die Verlustsertheilung behauptet, der Beklagte diese Behauptung bestreitet mit der Angabe, daß nach der Abrede ihm drei Viertheile, dem Kläger nur ein Viertheil des Gewinnes habe zu theil werden sollen. Der Gesetzeswille ist im Art. 268 H.-G.-B.'s dahin für ausgeprägt zu erachten, daß der Gewinn oder Verlust bei einer Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung der Gesetzesregel gemäß zwischen den Theilnehmern nach Köpfen zu theilen sei, daß indessen den sich vereinigenden Rechtssubjekten freigelassen werde, ein von der Gesetzesregel abweichendes Theilungsverhältniß durch darauf gerichtete Kontraktswillenserklärung zu vereinbaren. Eine Vereinbarung des Theilungsprinzipes nach Köpfen, möge sie nun wegen des Gewinnes und Verlustes erklärt sein, oder nur wegen des Gewinnes bei Nichterwähnung eines Theilungsmaßstabes für den Verlust, oder nur wegen des Verlustes ohne Erwähnung eines Theilungsmaßstabes für den Gewinn, enthält nicht eine rechtsgeschäftliche Aenderung der von dem Gesetze gewollten Regel; die unmittelbare Anwendung der Gesetzesregel wird dadurch nicht beeinflußt. Da nun der Kläger nur denjenigen Thatbestand zu behaupten und (nöthigenfalls) zu beweisen hat, welcher (bei Subsumtion des Thatbestandes unter die Rechtsnormen) das Durchdringen mit der Klagebitte in dem Rechtsstreite entscheidend bewirkt, so ist derjenige Theilnehmer einer Gelegenheitsgesellschaft, welcher die Gemeinschaftstheilungsklage auf Zahlung des Betrages anstrengt, welcher bei einer Vertheilung des Reingewinnes aus dem auf gemeinschaftliche Rechnung betriebenen einzelnen Handelsgeschäfte nach Köpfen auf ihn entfällt, nur verpflichtet, die Abrede der Gelegenheitsgesellschaft überhaupt bezüglich dieses Handelsgeschäftes und die Erzielung des behaupteten Reingewinnes zu behaupten und (nöthigenfalls) zu beweisen. Die Nichterwähnung der etwaigen Abrede des Theilungsmaßstabes nach Köpfen ist nicht Unterdrücken, die Erwähnung einer solchen Vereinbarung in der Klageschrift nicht Behaupten eines Momentes des (nach den Rechtsnormen) zur Erzeugung des klagend verfolgten Rechtes wesentlichen Thatbestandes. Die Erwähnung verpflichtet den Kläger also nicht, diese für die Erzeugung und Verfolgung seines Rechtes unerhebliche Abrede zu beweisen, ein allgemeines Bestreiten dieser Vereinbarung beklagterseits ist gleichgültig, die in das Gewand der Positive qualificirten Bestreitens von dem Beklagten gekleidete Angabe der Vereinbarung eines für den Kläger ungünstigeren Maßstabes der Theilung, als desjenigen der Theilung nach Köpfen, ist in Wirklichkeit Behauptung des Grundes einer Einrede, also von dem Beklagten zu beweisen. R. VI. (20.) 80—83.

Aus der Bestimmung des Handelsgesetzbuches in Art. 267: „Wenn nicht ein anderes verabredet ist, so sind alle Theilnehmer in gleichem Verhältnisse zu dem gemeinsamen Unternehmen beizutragen verpflichtet," und in Art. 268: „Ist über den Antheil der Theilnehmer an Gewinn und Verlust nichts vereinbart, so werden die Einlagen verzinst, der Gewinn und Verlust nach Köpfen vertheilt," läßt sich, **falls die Gemeinschaftstheilungsklage von einem Theilnehmer angestrengt wird und nach der Sachdarstellung der Parteien die Antheile der Theilnehmer an Gewinn und Verlust unstreitig ungleich (durch Vereinbarung) normirt sind, während das Verhältniß der ungleichen Antheile von jeder Partei verschieden angegeben wird,** weder die Regel herleiten, daß diejenige Partei beweispflichtig sei, deren strittige Angabe ein von der Festsetzung gleicher Antheile am

weitesten abweichendes Ergebniß herstellen würde, noch die Regel, daß diejenige Partei ihre Behauptung beweisen müsse, welche durch dieselbe in eine günstigere Lage kommen wolle, als die Lage, in welche diese Partei bei gleicher Antheilsbemessung oder bei dem von der Gegenpartei behaupteten Inhalte der Vereinbarung über das Verhältniß der Antheile versetzt werden würde. Wenn das Gesetz in Ermangelung einer Vereinbarung die gleiche Vertheilung des Gewinnes oder Verlustes verordnet, die Festsetzung eines anderen Vertheilungsverhältnisses durch Vereinbarung freiläßt, so bestimmt dasselbe in keiner Weise (auch nicht mittelbar), daß im Falle einer Vereinbarung ungleicher Vertheilung die Vermuthung für eine möglichst geringe Abweichung von der Festsetzung gleicher Antheile streite. Die erste der oben gekennzeichneten angeblichen Beweislastregeln ist durch diese Einsicht als unhaltbar erledigt. In Bezug auf die zweite angebliche Regel ist folgendes zu bemerken. Das richtige allgemeine Prinzip der Beweislastregelung stellt sich dahin fest, daß der Kläger den Klaggrund (d. h. die an sich als wirkende Ursache das klagend verfolgte Recht erzeugenden, zur Einwirkung eines in Bezug auf die Klagbitte günstigen richterlichen Urtheiles schon für sich nothwendigen, sei es positiven, sei es negativen, Thatsachen) behaupten und bei prozessual rechtzeitigem gegnerischen Bestreiten beweisen muß, daß eine gleiche Last trifft den Beklagten bezüglich des Einredegrundes (d. h. bezüglich derjenigen Thatsachen, welche an sich geeignet sind, den richterlichen Schluß vom Entstehungsgrunde auf die Existenz des Klaganspruches zu verhindern), den Kläger wiederum bezüglich derjenigen Thatsachen, welche das Klagrecht, trotz der an sich dasselbe elidirenden Kraft der vorgebrachten Einrede (derselben gegenüber), an sich aufrecht zu halten geeignet sind, und so fort. Die civilprozessuale Beweislast läßt sich gar nicht abstrakt (abgesehen von der prozessualen Parteistellung und dem Verhältniß der rechtlich relevanten Thatsachen zum Ziele des Prozesses) bestimmen. **Nach dem richtigen** (einen festen Grund, sowohl für den Fall der Feststellungsklage in Bezug auf das vereinbarte Verhältniß der Antheile an Gewinn und Verlust, ehe sich das wirthschaftliche Ergebniß des Vereinigungsunternehmens übersehen läßt, als auch für den Fall der Theilungsklagen bei erwachsenem reinen Gewinn oder Verlust herstellenden) oben gekennzeichneten **Prinzipe hat der Klage erhebende Theilnehmer den von ihm behaupteten, mit gehöriger Bestimmtheit prozessual rechtzeitig bestrittenen Inhalt der Vereinbarung über das Verhältniß der Antheile an Gewinn und Verlust zu beweisen.** (Dieser Fall ist wesentlich anders geartet, als der von dem ersten Civilsenate des Reichsgerichtes am 22. Februar 1882 ausgeurtheilte Rechtsstreit (Entsch. in Civils. Bd. 6, Nr. 20, S. 79). In diesem Rechtsstreite hatte der Gemeinschaftstheilungskläger eine Vereinbarung der Theilung nach Köpfen behauptet, die Vereinigung war zwischen zwei Theilnehmern geschlossen und aus den gemeinschaftlichen Handelsgeschäften ein Reingewinn erzielt. Der Beklagte gab den Inhalt der Vereinbarung dahin an, daß er zu $^2/_3$, der Kläger zu $^1/_3$ am Gewinne habe theilnehmen sollen. Der Beklagte wurde für beweispflichtig erachtet und zwar deßwegen, weil das Gesetz die Bemessung der Antheile an Gewinn und Verlust nach Köpfen als Regel hinstelle unter Freilassung abweichender Vereinbarungen, weil in der Behauptung des Klägers eine solche abweichende Vereinbarung nicht liege, der Kläger sich in Wirklichkeit auf die nicht modificirte Vorschrift des Gesetzes stütze.) R. VII. (16.) 45—48.

Viertes Buch.

Von den Handelsgeschäften.

Erster Titel.

Von den Handelsgeschäften im Allgemeinen.

Erster Abschnitt.

Begriff der Handelsgeschäfte.

A. Absolute oder objektive Handelsgeschäfte.

Art. 271.

Art. 271. **Die Gewinnung von Steinen aus einem gepachteten Steinbruche ist keine Anschaffung derselben im Sinne des Art. 271 Ziff. 1 H.-G.-B.'s** Wer der unbeweglichen Bodensubstanz einen Stoff entnimmt und denselben somit zu einer beweglichen Sache macht, ist der Produzent, Erzeuger der beweglichen Sache, und man kann von demjenigen, der eine Sache erzeugt hat, nicht sagen, daß er dieselbe sich angeschafft habe. Diese durch die Wortbedeutung des Ausdruckes „**Anschaffung**" gebotene Auffassung ist auch in den Motiven des preuß. Entwurfes eines Handelsgesetzbuches (S. 5) und ebenso schon in den daselbst in Bezug genommenen Motiven des im Jahre 1849 im Auftrage des Reichsjustizministeriums ausgearbeiteten Entwurfes (S. 11) vertreten, auch in den Verhandlungen der zur Berathung des H.-G.-B.'s niedergesetzten Kommission stets festgehalten worden. (Prot. S. 517 fg. 1273 fg. 1291 fg.). In der Literatur und Judikatur ist sie, nach früherem Schwanken der Praxis, jetzt gleichfalls allgemein anerkannt. Ob bei solchen Gewerben die Rohstoffe aus einem eigenen Grundstücke des Gewerbetreibenden oder aus einem fremden, insbesondere aus einem von ihm gepachteten Grundstücke gewonnen werden, kann keinen Unterschied machen, denn Produzent des Rohstoffes als einer beweglichen Sache ist immer derjenige, welcher den Rohstoff aus der Bodensubstanz ausscheidet und beweglich macht. Wenn man hinsichtlich der Bestimmung des Art. 271 Ziff. 1 der Anschaffung die Selbstproduction entgegengesetzt, so will das „Selbst" in diesem Ausdrucke nur besagen, daß der Gewerbetreibende, welcher die Veräußerung der beweglichen Sachen betreibt, zugleich der Produzent derselben ist. Wer einen gepachteten Steinbruch betreibt, hat sich allerdings für sein Gewerbe etwas angeschafft, aber was er sich angeschafft hat, das sind nicht die fertigen Steine, und das ist auch nicht ein bereits beweglich gewordenes Gestein, sondern die unbewegliche Bodensubstanz, bezw. das Recht auf den Bezug derselben. Und ebenso hat auch derjenige, welcher ein Grundstück kauft, um auf demselben einen Steinbruch zu betreiben, hiermit die unbewegliche Substanz, aus welcher er die Steine herzustellen beabsichtigt, sich angeschafft. Hinsichtlich des Art. 271 Ziff. 1 kommt aber nichts darauf an, in welcher Weise der Gewerbetreibende das Recht der Disposition über die unbewegliche Substanz, aus der er die zu veräußernden beweglichen Sachen herstellt, sich verschafft hat. Auch in den angezogenen Materialien des Handelsgesetzbuches ist nirgends unterschieden

zwischen der Production von Rohstoffen aus einem eigenen Grundstücke und der Produktion aus einem fremden Grundstücke. R. VI. (2.) 8—11.

Die Pachtung eines Steinbruches zum Zwecke der Veräußerung der zu brechenden Steine ist kein Handelsgeschäft. Denn es werden hier weder die zu veräußernden Steine, noch auch bewegliche Sachen, aus welchen dieselben hergestellt werden sollten, angeschafft (H.-G.-B. Art. 271 Ziff. 1 und Art. 273 Abs. 2). Wer der unbeweglichen Bodensubstanz einen Stoff entnimmt und denselben somit zu einer beweglichen Sache macht, ist der Producent, Erzeuger der beweglichen Sache, und man kann von demjenigen, der eine Sache erzeugt hat, nicht sagen, daß er dieselbe sich angeschafft habe. Deßhalb sind diejenigen Gewerbe, welche auf die Gewinnung von Rohstoffen aus der Bodensubstanz und auf die Veräußerung derselben — in rohem, bearbeitetem oder verarbeitetem Zustande — sich richten, Bergbau, Betrieb eines Steinbruches, einer Ziegelei &c. keine Handelsgewerbe. R. VI. (2.) 8.

B. Relative oder subjektive Handelsgeschäfte.

a. Sogenannte Grundgeschäfte.

Art. 272.

Abs. 1. Der Begriff des Handelsgewerbes wird nicht **bestimmt** durch die Auffassung des Handels nach dem Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens, sondern **durch den Begriff des Kaufmannes,** wie das Handelsgesetzbuch denselben in Art. 4 in Verbindung mit den Art. 271. 272 aufstellt. So ist jeder Fabrikbetrieb Handelsbetrieb, und die Thätigkeit jeder in der Fabrik technische Dienste als Fabrikarbeiter, Werkmeister, Ingenieur &c. leistenden Person gehört zum Handelsbetriebe, das Engagement derselben ist auf Seiten des Prinzipals Handelsgeschäft, und doch sind diese Personen nicht Handlungsgehülfen, ebensowenig wie der Koch eines Restaurateurs, der Berichterstatter einer Zeitung &c. Handlungsgehülfe ist. [XVII. (66.) 307.] R. I. (97.) 268. **Art. 272.**

Ziff. 5. Ein gedrucktes Buch stellt sich weder als bearbeitetes oder verarbeitetes Papier, noch als verarbeitetes Manuskript dar. Weder der Erwerb des Druckpapiers, noch der Erwerb des Manuskriptes erscheint darum als Anschaffung einer Sache, um dieselbe bearbeitet oder verarbeitet weiter zu veräußern, und es braucht nicht untersucht zu werden, ob betreffs des Manuskriptes überhaupt von einer Anschaffung im Sinne des Artikels 271 Nr. 1 H.-G.-B.'s gesprochen werden könnte. Das Buch als solches, d. h. mit Rücksicht auf seinen Inhalt aufgefaßtes, ist eine Verkörperung dieses Inhaltes, also kein aus Rohstoffen hergestelltes Fabrikat, sondern eine Neuschöpfung. Der Verleger ist nicht Fabrikant, sondern Urproducent. Er würde mithin ohne die besondere Bestimmung in Art. 272 Nr. 5 H.-G. B.'s nicht Kaufmann sein. Aus Zweckmäßigkeitsgründen werden vom Handelsgesetzbuch alle Geschäfte des Buchhandels, wenn gewerbsmäßig betrieben, für Handelsgeschäfte erklärt, und unter diesen Geschäften werden die Verlagsgeschäfte besonders namhaft gemacht. Die wesentliche Thätigkeit des Verlegers besteht darin, daß er die zur Herstellung des Buches erforderlichen Arbeiten vornimmt oder vornehmen läßt und das hergestellte Buch zum Verkauf ausbietet, daß er das Buch „veröffentlicht". Sowie es einerseits gleichgültig ist, ob er das zu bedruckende Papier an-

schafft oder selbst herstellt, und ob er den Druck selbst vornimmt oder durch Andere vornehmen läßt, so ist es auch gleichgültig, woher er den Inhalt des veröffentlichten Buches entnimmt. Allerdings pflegt ein Verleger auch vielfach Verträge über die Gewährung des Manuskriptes abzuschließen, und diese Verträge (Verlagsverträge) gehören als solche zu den Verlagsgeschäften. Allein einen nothwendigen Bestandtheil der Thätigkeit eines Verlegers bildet der Abschluß solcher Verträge nicht. Auch derjenige, welcher den Inhalt des von ihm veröffentlichten Buches einem Schriftwerke entnimmt, welches er nicht durch einen Verlagsvertrag erworben hat, nimmt nichtsdestoweniger durch die Veröffentlichung des Buches ein Verlagsgeschäft vor. Ob diese Entnahme des Inhalts aus dem Schriftwerk eine berechtigte ist, oder einen Eingriff in bestehende Urheberrechte enthält, ist für die vorliegende Frage gleichgültig. Auch der Nachdrucker ist Verleger des nachgedruckten Buches. Hiernach **kann** es auch **den Begriff des Verlagsgeschäftes nicht berühren, wenn der ein Buch Veröffentlichende selbst dessen Urheber ist. Auch der Selbstverlag ist Verlag.** Nur dann, wenn die Eigenschaft des Verlagsgeschäftes als Handelsgeschäft auf Art. 271 Nr. 1 H.-G.-B.'s zurückzuführen wäre, wenn also der Inhalt des veröffentlichten Buches (das Manuskript) als Rohmaterial, das Buch als Fabrikat erschiene, könnte überhaupt die Frage, ob der Inhalt (das Manuskript) „angeschafft" worden sei oder nicht, aufgeworfen werden. R. V. (15.) 67. 68. Eine ganz andere Frage ist es, ob jemand durch die Vornahme von Verlagsgeschäften Kaufmann wird. Siehe hierüber bei Art. 4 ad R. V. (15.) 68. 69.

b. Sogenannte abgeleitete Handelsgeschäfte.

Art. 274.

Art. 274. **Die Vermittelung eines Grundstückverkaufes** kann ein Handelsgeschäft sein. Die Art. 275 und 272 Nr. 4 stehen nicht entgegen. Anderer Ansicht war das frühere preuß. Obertribunal (Entsch. Bd. 70 S. 273), welche auch von Goldschmidt (Handbuch I. S. 513), Löhr (S. 113. 132) und anderen Rechtslehrern getheilt wird. Das Reichsgericht hat sich indessen der entgegengesetzten, von den Senaten II. und III. des früheren R.-O.-H.-G.'s (Entsch. Bd. X. S. 425 und Bd. XVI. S. 1. und Bd. XXIII. S. 131) aufgestellten Ansicht angeschlossen und zu deren Begründung folgendes ausgeführt: Zunächst ist zu untersuchen, wie der Art. 275 zu verstehen ist, und welche Verträge unter den Begriff Verträge über unbewegliche Sachen fallen? Die Motive zum preuß. Entwurfe des H.-G.-B.'s (S. 102. 103) äußern sich hierüber: „Die desfallsige Bestimmung des Entwurfes beziehe sich auf alle Verträge, deren unmittelbarer Gegenstand Immobilien sind, wie Veräußerungen, Parzellirungen, Verpfändungen. Die Spekulation habe sich auch auf den Umsatz von Immobilien, namentlich durch Zerstückelung geworfen; es sei aber bedenklich, die Vorschriften des Handelsrechtes auf Verträge über Grundstücke anzuwenden, wegen der dabei zu beobachtenden größeren Förmlichkeiten und wegen der meistens verwickelten Rechtsverhältnisse, welche durch Hypothekenrechte oder andere dingliche Rechte Dritter hervorgerufen würden. Den Motiven ist unzweifelhaft darin beizutreten, daß Grundstücke Gegenstand der Spekulation sein können. Deshalb würde es an und für sich mit dem Wesen eines Handelsgeschäftes nicht unvereinbar sein, dazu auch solche Spekulationen zu rechnen, wie denn beispielsweise das französische Recht Spekulationen mit Grundstücken grundsätzlich nicht von den Handels-

geschäften ausgeschlossen hat. Der Ausschluß im deutschen Handelsrechte beruht vielmehr auf positiver Vorschrift, deren Grund mit Recht auf die hervorgehobenen Schwierigkeiten zurückzuführen ist, welchen der Verkehr mit Grundstücken häufig begegnet. Es erscheint hiernach auch gerechtfertigt, mit den Motiven die Bestimmung des Art. 275 nur auf solche Verträge zu beziehen, deren Gegenstand unmittelbar unbewegliche Sachen sind. Nun kann man aber nicht als unmittelbaren Gegenstand des Grundstücks- Kaufs- oder Verkaufs-Vermittelungsvertrages das Grundstück selbst ansehen; unmittelbarer Gegenstand desselben sind vielmehr die Bemühungen des Vermittlers einerseits, das Provisionsversprechen andererseits. Mag immerhin der Vermittler in gewisser Beziehung die Pflichten eines Mandatars haben; keinenfalls vertritt er den Käufer oder Verkäufer, er steht eben zwischen beiden, und deßhalb steht der Vermittelungsvertrag nicht in unmittelbarer Beziehung zum Grundstücke. Fällt sonach der Vermittelungsvertrag selbst nicht unter die Vorschrift des Art. 275, so hängt allerdings die Entscheidung der Streitfrage davon ab, ob der Satz richtig ist: „Die Vermittelung eines Geschäftes kann kein Handelsgeschäft sein, wenn das vermittelte Geschäft selbst ein solches nicht ist." Gegen dessen Richtigkeit ergeben sich aber aus Art. 272 Nr. 4 die erheblichsten Bedenken. Nach Art. 272 Nr. 4 ist die Vermittelung eines Handelsgeschäftes, selbst wenn sie durch einen Kaufmann erfolgt, nicht unter allen Umständen ein Handelsgeschäft; entscheidend ist, ob der Kaufmann bei der Vermittelung als Kaufmann gehandelt hat. Folgt aber aus Art. 272 Nr. 4, daß das Hauptgeschäft ein Handelsgeschäft, das Vermittelungsgeschäft dagegen ein gewöhnliches Civilgeschäft sein kann, so erscheint der Schluß gerechtfertigt, daß auch umgekehrt, wo das Hauptgeschäft ein gewöhnliches Civilgeschäft ist, doch dessen Vermittelung ein Handelsgeschäft sein kann. Maßgebend wird hierfür sein, ob Jemand bei der Vermittelung als Kaufmann gehandelt, die Vermittelung zum Gegenstande seiner im übrigen kaufmännischen Erwerbsthätigkeit gemacht hat. Art. 273 Abs. 1. Dann steht ihm Art. 274 zur Seite, wenn er beweist, daß er überhaupt Kaufmann ist. R. I. (94.) 258—260.

Nach Art. 317 ist bei Handelsgeschäften die Gültigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung nicht bedingt; Ausnahmen von dieser Regel finden nur insoweit statt, als sie in diesem Gesetzbuche ausdrücklich ausgesprochen sind. Alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmannes, welche zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, sind als Handelsgeschäfte anzusehen und im Zweifel gelten die von einen Kaufmanne geschlossenen Verträge als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig (Art. 271—274). Die letztere Vorschrift ist allgemein, sie bezieht sich auf alle Verträge, also auch auf **Bürgschaften.** Daraus folgt, daß der von einem Kaufmanne abgeschlossene Bürgschaftsvertrag als Handelsgeschäft anzusehen ist, und zwar auf seiten des Bürgen, wenn dieser, auf seiten des Bürgschaftsnehmers, wenn der letztere Kaufmann ist. Da nun nach Art. 277 bei jedem Rechtsgeschäfte, welches auf der Seite eines der Kontrahenten ein Handelsgeschäft ist, die Bestimmungen des vierten Buches, also auch Art. 317 in Beziehung auf beide Kontrahenten anzuwenden sind — insofern nicht diese Bestimmungen selbst die Beschränkung ihrer Anwendbarkeit auf den einen Theil aussprechen —, eine solche Beschränkung aber in Beziehung auf Bürgschaften im 4. Buche sich nicht vorfindet, so ergiebt sich, daß derjenige Bürgschaftsvertrag, welcher auf seiten des Bürgschaftsnehmers Handels-

geschäft ist, auch in Beziehung auf den Bürgen der Vorschrift des Art. 317 untersteht, mithin zu seiner Gültigkeit der Schriftform nicht bedarf. R. I. (13.) 25.

Zweiter Abschnitt.

Allgemeine Bestimmungen über Handelsgeschäfte.

Art. 281.

Art. 281. **Abs. 2. Der Art. 281 befindet nur darüber, in welchen Fällen dem Bürgen die Einrede der Theilung oder der Vorausklage nicht zusteht; er handelt aber nicht davon, unter welchen Voraussetzungen der Bürgschaftsvertrag ein Handelsgeschäft ist.** Die Entscheidungen des R.-O.-H.-G.'s Bd. 2, S. 44 und Bd. 5, S. 367 enthalten nichts Entgegenstehendes. In dem ersten Erkenntnisse wird gerade ausgesprochen, daß Art. 281 über die Erfordernisse der Bürgschaft als Handelsgeschäft keine Bestimmungen enthält, daß vielmehr die rechtliche Natur des Bürgschaftsvertrages nach den allgemeinen Bestimmungen, d. h. nach den Art. 271 bis 277 beurtheilt werden müsse. Das Bd. 5, Nr. 82, S. 367 mitgetheilte Erkenntniß aber beschäftigt sich überhaupt nicht mit der Frage, ob die von einem Nichtkaufmanne einem Kaufmanne geleistete Bürgschaft Handelsgeschäft ist. R. I. (13.) 25. 26.

Der selbstschuldnerische Bürge, welchem die auf Kündigung stehende Schuld rechtzeitig gekündigt worden ist, **kann der Klage des Gläubigers gegenüber nicht den Einwand erheben, daß dem Hauptschuldner nicht gekündigt sei.** (Striethorst's Archiv Bd. 89, S. 106.) Nach Art. 281 steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zu. Ist also eine Kündigung ausgemacht, so genügt der Gläubiger der hierwegen getroffenen Bestimmung, wenn er den Bürgen zur Zahlung auffordert. Der Gläubiger ist berechtigt sich unmittelbar und lediglich an den Bürgen zu halten. Durch die Zahlungsaufforderung des Bürgen giebt er zu erkennen, daß er von diesem Rechte Gebrauch machen wolle. Wie aber der Bürge zu einer Verweisung des Gläubigers an den Hauptschuldner nicht berechtigt ist, so hat er auch kein Interesse daran zu verlangen, daß der Gläubiger auch dem letzteren gegenüber durch Kündigung an diesen die Fälligkeit der Schuld herbeiführe; sein Interesse ist vielmehr gewahrt, wenn ihm nach der ihm vom Gläubiger gemachten Mittheilung, daß er Zahlung verlange, die vertragsmäßige Frist bis zur Inanspruchnahme gelassen wird. Glaubt der Bürge, daß der Hauptschuldner bereit ist, Zahlung zu leisten, so ist es ihm unbenommen, denselben seinerseits zu benachrichtigen und sich von ihm die Zahlungsmittel zur Verfügung stellen zu lassen. Hingegen läßt sich auch nicht einwenden, daß die Bürgschaft auch dann accessorischer Natur sei, wenn dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zusteht; denn die Abhängigkeit der Verpflichtung des Bürgen von der des Hauptschuldners wird dadurch nicht aufgehoben, daß der Gläubiger die Forderung durch Kündigung an den Bürgen diesem gegenüber zur Fälligkeit bringen kann. R. II. (50.) 187. 188.

Die Verletzung der Vorschriften der Statuten eines Kreditvereines bewirkt nicht ohne weiteres die Befreiung desjenigen, welcher sich für die vom Verein gewährten Kredite verbürgt hat. Nicht bei jedem Vertrage berechtigt die Nichterfüllung des einen Theiles den anderen Kontrahenten ohne weiteres zum Rücktritte. Dieser Satz gilt nur bei doppel-

seitigen Verträgen, bei welchen Leistung und Gegenleistung in Frage stehen (Landrechtsätze 1101. 1102. 1184), oder wenn die Befreiung ausdrücklich bedungen worden ist; sonst ist die gesetzliche Folge der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit sowie der Nichtbeobachtung der durch den Vertrag übernommenen Sorgfalt — sofern nicht die Erfüllung erzwungen werden kann oder will — nur die Verpflichtung zum Schadensersatze (L.-R.-S. 1142 fg.). Verlangt aber der Kontrahent im Wege der Klage oder Einrede Schadensersatz, so hat er den Schaden und den ursachlichen Zusammenhang desselben mit der in Frage stehenden Vertragsverletzung darzuthun und zu beweisen. Die Bürgschaft wird nicht schon dadurch ein doppelseitiger Vertrag, daß der Gläubiger zur Einhaltung einer gewissen Sorgfalt dem Bürgen gegenüber verpflichtet erscheint, es entsteht dadurch nicht ein Austausch von Leistungen, nicht eine Verbindlichkeit des Gläubigers, welche ein Aequivalent für die Leistung des Bürgen wäre. R. III. (97.) 350—353. Siehe noch bei Art. 291 ad IX. (55.) 184—189.

Die Frage, **ob dem Bürgen ein Regreß gegen den Hauptschuldner zusteht,** ist nach dem zwischen ihnen obwaltenden Rechtsverhältniß zu beurtheilen. Als Regel gilt, daß der Bürge das dem Gläubiger Gezahlte auch ohne Cession der Klage von dem Hauptschuldner nach den Grundsätzen des Auftrages oder der Geschäftsführung ersetzt verlangen kann. §. 6. Inst. de fidejussoribus 3. 20; l. 43. D. de neg. gest. 3. 5. Eine Ausnahme tritt nur dann ein, wenn der Bürge die Bürgschaft in seinem eigenen Interesse als fidejussor in rem sua oder donandi animo übernommen hat. Daß der Regreßanspruch des Bürgen nach diesen Grundsätzen zu beurtheilen ist, nehmen Doktrin und Praxis fast ohne Ausnahme an. Vgl. Windscheid, Pand. Bd. II. §. 481; Arndts, Pand. §. 356; Sintenis, Pand. §. 129; Stobbe, deutsches Privatrecht Bd. III. §. 192; Seuffert's Archiv Bd. XXII. Nr. 237 (München), Bd. XVII. Nr. 40 (Rostock). Dieselben Rechte, welche der Bürge durch die Zahlung gegen den Hauptschuldner erlangt, erwirbt auch der Nachbürge, wenn er durch Befriedigung des Gläubigers den Hauptschuldner befreit. R. I. (124.) 344. 345.

Dem Bürgen, welcher für einen Theil einer durch Pfandrecht versicherten Forderung intercedirt und Zahlung geleistet hat, steht kein Anspruch auf Cession der Pfandklage zu. Auslegung der l. 2 Cod. de fidejussoribus 8, 41. Diese Gesetzesstelle geht von dem Falle aus, wo ein Gläubiger für mehrere Forderungen dieselbe Hypothek, aber nur für eine der Forderungen einen Bürgen besitzt, und giebt hierfür die Entscheidung, daß der Gläubiger zur Abtretung seiner Pfandrechte an den Bürgen erst dann verpflichtet sein solle, wenn seine gesammte Forderung getilgt sei. Diese Gesetzesvorschrift will nicht einen Unterschied statuirt haben zwischen dem zunächst entschiedenen Falle und dem anderen, wo der Bürge nur für einen Theil der Gesammtforderung intercedirte, während die Hypothek des Gläubigers für die ganze Forderung bestellt ist, vielmehr weist schon die wörtliche Auslegung des Gesetzes darauf hin, die beiden Fälle gleichheitlich zu behandeln. Denn für den Bürgen, der sich nur für einen Theil einer größeren Forderung verbürgt hat, ist der andere Theil derselben ganz ebenso „alia causa“ wie es eine zweite selbständige Forderung für denjenigen Bürgen ist, der nur für eine von mehreren Forderungen sich verpflichtet hat. Wenn also in diesem letzteren Falle nach dem klaren Wortlaut der l. 2 cit. eine für die mehreren Forderungen zugleich bestellte

8*

Hypothek nicht abgetreten zu werden braucht außer nach Befriedigung des „omne debitum“, so erscheint es dem Wortlaut der Gesetzesstelle entsprechend, daß im erstgenannten Falle gleichfalls nur gegen Zahlung des „omne debitum“, das ist der Gesammtschuld, also des verbürgten und unverbürgten Theiles derselben die Abtretung der Pfandklage verlangt werden kann. Auch die logische Interpretation der gedachten l. 2 cit. muß zum gleichen Ergebnisse führen. Ohne Zweifel enthält diese Stelle eine konsequente Anwendung des dem beneficium cedendarum actionum zu Grunde liegenden Satzes, daß der Gläubiger nur da, wo er selbst keinen Schaden leidet, den Cessionsanspruch des Bürgen nicht verweigern darf. Diese Weigerung nimmt aber der römische Jurist in einem Falle als begründet an, wo der Gläubiger, welchem für mehrere Forderungen eine und dieselbe Hypothek bestellt ist, nach Befriedigung der einen Forderung zur Abtretung der Pfandklage gezwungen werden sollte, weil nach dem Grundsatze der Untheilbarkeit des Pfandrechts der Gläubiger ein Recht hat, die ganze Hypothek bis zum letzten Reste seiner Forderungen in Anspruch zu nehmen, und er in diesem Rechte beeinträchtigt würde, wenn er, nachdem erst die eine Forderung getilgt ist, seine Pfandsicherheit ganz oder auch nur theilweise aufgeben müßte. Es ist nun augenscheinlich, daß vollkommen die gleichen Erwägungen zutreffen, wenn dem Gläubiger zugemuthet wird gegen Tilgung eines Theils seiner Forderung von der für diese Gesammtforderung bestellten Hypothek irgend etwas aufzugeben. Denn, auch wenn ein Theil seiner Gesammtforderung wegfällt, hat der Gläubiger vermöge der Untheilbarkeit des Pfandrechts Anspruch auf die ganze Pfandsicherheit für den übrig gebliebenen Rest der Forderung; auch hier also würde der Gläubiger in seinem Rechte gekränkt und an seiner Sicherheit Schaden nehmen, wenn er gezwungen würde, von letzterer etwas aufzugeben, weil der für einen Theil der Forderung haftende Bürge den ihn treffenden Betrag bezahlt hat oder zu zahlen bereit ist. Um einen diesfälligen Cessionsanspruch des Bürgen zurückzuweisen, bedürfte es übrigens nicht einmal des Vorganges der l. 2 cit. Auch wenn diese spezielle Gesetzesvorschrift nicht vorläge, müßte aus dem allgemeinen Prinzip der Rechtswohlthat der Klagencession gefolgert werden, daß dem Gläubiger bei Tilgung eines Theiles seiner Forderung durch den für diesen Theil haftenden Bürgen eine die Sicherheit der Restforderung beeinträchtigende Abtretung seines Pfandrechts nicht auferlegt werden darf. R. III. (52.) 183—185.

Bei der auf L.-R.-S. 2037 gestützten Einrede, daß der Gläubiger den Eintritt des Bürgen in die für die Forderung bestellten Pfandrechte unmöglich gemacht habe, ist nicht darauf Rücksicht zu nehmen, ob die übrig gebliebenen Unterpfänder zur Befriedigung des Bürgen ausreichen, wenn derselbe nach der Zahlung den Rückgriff auf den Hauptschuldner nehmen wird — sondern es ist der Werth der aufgegebenen Unterpfänder maßgebend. Bedeutung des Satzes: „nemo subrogat contra se.“ (L.-R.-S. 1252.) Aus der Geschichte der Entstehung des Landrechtssatzes (code civil) Art. 2037 ergiebt sich, daß er mit dem Rechte des Bürgen, welcher bezahlt hat, kraft Gesetzes in alle Rechte des Gläubigers einzutreten (Landrechtsätze 2029. 1251 Z. 3) im Zusammenhange steht, also ähnliches bestimmt, wie die l. 95 §. 11 Dig. de sol. 46. 3, l. 27, §. 5, l. 28 Dig. mand. 17. 1, beim mandatum qualificatum vorsehen. — Sowohl Treilhard im exposé des motifs, als Chabot im

Berichte an das Tribunal, wie auch Lahary im gesetzgebenden Körper (vgl. Porcelet, recueil complet I. 702. 706. 718) verweisen ausdrücklich auf die dem Bürgen zustehende Subrogation. Demnach ist die Bedeutung der Einrede nicht die, daß der Gläubiger, welcher den Eintritt des Bürgen in seine Rechte und Pfänder unmöglich machte, den Bürgen beschädigt, sondern die, daß er eine ihm obliegende Verbindlichkeit nicht erfüllt, ihr zuwider gehandelt habe. Es faßt deßhalb Laurent Bd. 28, Nr. 302 das Verhältniß zwischen Gläubiger und Bürgen in dieser Beziehung als ein synallagmatisches auf, so daß die Einrede als exceptio non adimpleti contractus erscheint (L.-R.-S. 1184). Demnach gehört zur Begründung der Einrede nicht die Substanziirung eines Schadens in der Richtung, daß und inwieweit die übrig gebliebenen Mittel des Hauptschuldners zur Schadloshaltung des Bürgen unzureichend seien, sondern es kommt darauf an, bis zu welchem Betrage der Gläubiger Sicherheiten aufgegeben, beziehungsweise sich außer Stand gesetzt habe, dem Bürgen den Eintritt in solche zu ermöglichen, wobei dann allerdings dem Gläubiger die Replik zusteht, daß die von ihm aufgegebenen Rechte ganz oder theilweise werthlos gewesen seien. So fassen auch insbesondere Marcardé und Laurent die Sache auf. Ersterer bemerkt ausdrücklich: la caution ne saurait avoir droit de décharge que jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle elle aurait eu recours contre le débiteur, si le créancier ne s'était pas mis dans le cas de ne pouvoir lui céder ses droits, und Letzterer faßt a. a. O. Nr. 306 das Prinzip dahin: l'exception est fondée sur ce que le créancier a détruit, en tout ou en partie, les garanties qui assuraient le payement de la créance; si les garanties assuraient le payement de toute la dette, et si elles ont péri par la faute du créancier, la caution sera entièrement déchargée, si elles n'ont péri qu'en partie, la décharge sera proportionelle au préjudice approuvé par caution. Der Unterschied, ob man davon ausgeht, ob zur Zeit der Klage der übrig gebliebene Rest der ursprünglichen Sicherheit noch ausreiche, oder davon, wie weit der Gläubiger den Eintritt in letzteren unmöglich gemacht habe, ist schon um deßwillen ein wesentlicher, weil im ersteren Falle der Bürge zur sofortigen Einklagung des Hauptschuldners genöthigt und ihm jeder Nachtheil auferlegt wird, welcher aus etwaiger späterer Verminderung des Werthes der noch vorhandenen Pfandobjekte entstehen kann. Wenn zur Sicherung des Gläubigers doppelte Hypothek bestellt war und im Vertrauen auf diese Bürgschaft geleistet worden ist, so kann Jenem nicht schlechthin die Minderung auf eine einfache Hypothek gestattet sein; die Hypothek, welche für die Gläubiger untheilbar ist, ist dies auch für den Bürgen. Landrechtsätze 2114. 2029. R. III. (96.) 346—350.

Eine betagte Forderung wird dem Bürgen gegenüber nicht fällig, weil gegen den Hauptschuldner das Konkursverfahren eröffnet worden ist. Daß mit Eröffnung des Konkurses betagte Forderungen fällig werden, steht weder mit dem Forderungsrechte, noch mit dem Wesen der Befristung im Zusammenhange, beruht vielmehr auf dem Zwecke des Konkursverfahrens, das gesammte Schuldenwesen auf einmal zu erledigen; §. 58 der Konkursordnung soll sich, wie unzweifelhaft aus den Motiven hervorgeht, nur auf die Konkursgläubiger und die Grenzen des Konkursverfahrens beziehen, wozu in §. 27 des bad. Einführungsgesetzes zu den Justizgesetzen noch bestimmt ist, daß er auch auf die Forderungen solcher Gläubiger Anwendung

finde, welche zur abgesonderten Befriedigung berechtigt sind. Aus dieser konkursrechtlichen Bestimmung kann daher keinesfalls hergeleitet werden, daß die Fälligkeit der Forderung auch zum Nachtheile des Bürgen eintrete; dies erkennen die Kommentatoren an, wie denn auch fast alle Schriftsteller über das französische Handelsrecht darin einig sind, daß nach der Fassung des Art. 448 Code de comm. im Ges. vom 28. Mai 1838, Art. 144 durch das Falliment des Hauptschuldners dem Bürgen die Zahlungsziele nicht entzogen werden. Es müßte daher der Satz, daß diese gegen den Hauptschuldner — oder nach §. 58 a. a. O. nur gegen die Konkursmasse — eintretende Fälligkeit auch gegen den Bürgen wirke, aus dem Wesen der Bürgschaft hergeleitet werden können, was jedoch nicht der Fall ist. Der accessorischen Natur der Bürgschaft widerstreitet es so wenig wie der Sammtverbindlichkeit (L.-R.-S. 1201), daß der Bürge unter anderen Modalitäten verhaftet sei wie der Hauptschuldner, und, wenn Bedingungen oder Termine vereinbart worden sind, welche diesem und dem Bürgen zu gute kommen, so würde es gegen die Grundsätze über Erfüllung der Verträge verstoßen, wenn eine nachträgliche Aufhebung durch einseitiges Vorgehen des Hauptschuldners zum Nachtheile des Bürgen zugelassen würde; so wenig jener durch eine Verzichterklärung die bewilligten Termine zum Nachtheile des letzteren aufheben kann, ebensowenig kann diese Folge an ein Ereigniß geknüpft werden, welches nur den Hauptschuldner, nicht auch den Bürgen trifft. Die Bürgschaft soll für den Fall Sicherung verschaffen, daß der Hauptschuldner nicht bezahlt, und diese Sicherheit wird dadurch, daß derselbe vor Ablauf der Termine zahlungsunfähig wird, in keiner Weise gemindert, und liegt deßhalb kein innerer Grund vor, auch gegen den Bürgen vor Fristablauf zu klagen und denselben durch sofortige Beitreibung der ganzen Forderung möglicher Weise ebenfalls in Konkurs zu bringen. Aus L.-R.-S. 2011 und 2021 kann das Gegentheil nicht hergeleitet werden, denn mit den Worten „auf den Fall, da nicht der Schuldner selbst die Schuld berichtet" und „nur verbunden, wenn der Schuldner selbst nicht zahlt", soll blos auf den in L.-R.-S. 2021 fg. näher geregelten subsidiarischen Charakter der Bürgschaft hingewiesen, keineswegs aber im Widerspruche mit L.-R.-S. 1134. 1186. 2015 bestimmt werden, daß jede Handlung oder jedes Verhalten des Schuldners, wodurch er die Fälligkeit der Schuld herbeiführt, auch dem dabei unbetheiligten Bürgen schaden soll. Auch daraus, daß (L.-R.-S. 2016) Handlungen oder Säumniß des Schuldners, welche den Umfang und Inhalt der Verbindlichkeit selbst erweitern, auch eine unbestimmt übernommene Bürgschaft zu erschüttern vermögen, folgt noch nichts für die Macht des Hauptschuldners, durch sein späteres Verhalten die bei der Bürgschaftsübernahme bestimmt verabredeten Nebenbestimmungen des Vertrages zum Nachtheile des Bürgen aufzuheben. R. III. (99.) 356—358.

Verjährung bei der Bürgschaft. Das Gesetz stellt den einfachen und den selbstschuldnerischen Bürgen, was den Lauf der Verjährung anlangt, gleich. Gegen beide läuft dieselbe Verjährung, wie gegen den Hauptschuldner (§§. 391. 392 Th. I. Tit. 14. A. L.-R.) Nur insofern besteht ein Unterschied, als sich der Gläubiger die Forderung gegen den selbstschuldnerischen Bürgen erhält, wenn er die Verjährung nur gegen ihn unterbricht, und als ferner die gegen den Hauptschuldner abgelaufene Verjährung dem selbstschuldnerischen Bürgen dann nicht zu statten kommt, wenn nach getroffener Abrede der Bürgschaftsanspruch erst später fällig, d. h. klagbar sein soll.

Dieser doppelte Sinn ist dem §. 393 a a. O. beizulegen, wenn er vorschreibt, daß der selbstschuldnerische Bürge sich mit einer bloß in Ansehung des Hauptschuldners abgelaufenen Verjährung gegen den Gläubiger nicht schützen kann. Eine andere Deutung hat auch das vormalige preuß. Obertribunal in dem Erk. v. 1. März 1853 (Gruchot, Beiträge Bd. 17, S. 325) dieser Vorschrift nicht gegeben. R. IV. (66.) 237. 238.

Art. 283.

Schadensersatz wegen Prozeßführung. — In der Thatsache, daß der Beklagte im Rechtsstreite unterlegen ist, liegt nicht schon ein dolus, oder eine culpa, welche ihn zum **Ersatze des während des Prozesses eingetretenen Minderwerthes des Streitgegenstandes** verpflichtet. Der Landrechtsatz 1382 setzt im Gegensatze zu L.-R.-S. 1383, welcher von der bloßen Nachlässigkeit oder Unverständigkeit (culpa) handelt, ein vorsätzliches doloses Verhalten voraus. Ein solches kann aber nicht schon darin erkannt werden, wenn sich Jemand gegen einen Anspruch vertheidigt, welcher in der Folge durch rechtskräftiges Urtheil für begründet erklärt worden ist. Man kann nicht behaupten, daß der Beklagte (L.-R.-S. 1382a) ein an sich verbotenes Unternehmen vollführte, wenn er von seinem Rechte Gebrauch gemacht, sich gegen einen Anspruch zu vertheidigen, welchen er für unbegründet hielt. Beim Mangel einer Arglist oder Unredlichkeit hat aber der Beklagte für die Nachtheile, welche der Kläger in Folge der während des Prozesses eingetretenen Preisminderung erlitten hat, nicht einzustehen. Dies ist im gemeinen Rechte anerkannt (vergl. insbesondere Windscheid, Pandekten I. §. 124) und auch ebenso in der französischen Doktrin und Rechtsprechung (vgl. Sourdat, responsabilité Nr. 664 fg. und Sirey, récueil 63. 1. 151 und Citate in der Note; auch Jahrbücher für badisches Recht S. 379 Anmerkung). Der §. 169 der badischen Prozeßordnung, welcher nur das Prinzip aufstellt, nach welchem bei Verurtheilung in die Prozeßkosten zu verfahren ist — vgl. jedoch §. 172 — hat unzweifelhaft nicht die Bedeutung und den Zweck, die landrechtlichen Bestimmungen über die Voraussetzungen der Verbindlichkeit zum Schadensersatze abzuändern oder zu ergänzen. R. III. (98.) 353—356. Art. 283.

Art. 284.

Zeitpunkt des Vorbehaltes der Konventionalstrafe bei Annahme verspäteter Lieferung, nach preuß. Recht. Der §. 307. I. 5. A. L.-R. knüpft den Verlust der Konventionalstrafe nicht an den Mangel der Vorbehaltserklärung im Zeitpunkte der Gewahrsamserlangung an dem verspäteten gelieferten Objekte, sondern an den Mangel eines Vorbehaltes im Zeitpunkte der Annahme der verspäteten Lieferung als Vertragserfüllung, diesen Begriff civilrechtlich und nicht im handelsrechtlichen Sinne einer Empfangnahme verstanden. Wenn der angeführte §. 307 auch, falls das Recht auf die Strafe bereits erworben und Strafe und Erfüllung neben einander in obligatione sind, das Recht auf die Strafe beim Mangel seines Vorbehaltes bei nachträglicher Annahme der Erfüllung untergehen läßt, so beruht der Grund in der Voraussetzung, daß bei erinnerungsloser Annahme verspäteter Erfüllung die bisherige Erfüllungsverzögerung nach dem Willen des Annehmenden als mit ihren Wirkungen beseitigt gelten solle. Steht der das gelieferte Objekt aufnehmenden Mittelsperson die Vertretung des Art. 284.

Empfängers auch in Beziehung auf die Rechtshandlung der Annahme der Waaren als Erfüllung des geschlossenen Vertrages zu, so wird schon die Unterlassung ihres Vorbehaltes dem Vertretenen präjudiziren. Vertritt sie ihn aber lediglich in Bezug auf das körperliche Innehaben, so muß der Geschäftsherr noch durch unverzügliche Erklärung im Zeitpunkte erlangter oder bei ordnungsmäßiger Veranstaltung zu erlangen gewesener Kunde von der Lieferung den Vorbehalt nachholen können. — Was hier die **Beweislast** anlangt, so liegt es in der Natur der Sache, daß, sobald dargethan ist, daß bei der Uebernahme des verspätet gelieferten Gutes durch Mittelspersonen des Empfängers ein solcher Vorbehalt nicht gemacht ist, der Nachweis eines späteren beachtlichen Vorbehaltes Sache des Empfängers ist, da über den Zeitpunkt seiner Kenntniß von der erfolgten Lieferung der Gegner nicht unterrichtet sein kann. R. II. (9.) 26—29.

Art. 290.

Art. 290. **Der Vermittler kann von beiden Kontrahenten eine entsprechende Provision fordern.** Das vormalige Königlich preußische Obertribunal hat in ständiger Praxis den §. 22. A. L.-R. I. 13 nicht auf eigentliche Bevollmächtigte beschränkt, sondern auch auf Vermittler angewandt, den §. 22 a. a. O. jedoch dann überhaupt nicht angewendet, wenn der eine Kontrahent zur Zeit des von ihm dem Vermittler gegebenen Provisionsversprechens bereits wußte, daß der Vermittler auch von dem Gegenkontrahenten mit der Vermittlung beauftragt sei, da §. 22 nur bezwecke, beide Kontrahenten vor Kollusion ihres Beauftragten mit dem Gegenkontrahenten zu bewahren, derjenige Kontrahent aber, welcher den Auftrag zu einer Geschäftsvermittlung ertheile, obgleich er wisse, daß der von ihm Beauftragte bereits von der anderen Seite zu solcher Vermittlung Auftrag erhalten habe, von der Besorgniß einer Kollusion abstrahiere und daher aus dem zur Zeit der Auftragsertheilung ihm bereits bekannt gewesenen Umstand keinen Grund herleiten könne, dem auch von ihm Beauftragten, wenn das Geschäft demnächst durch ihn zu Stande gebracht sei, die ihm dafür versprochene Belohnung vorzuenthalten (vgl. Striethorst, Archiv, Bd. 55, S. 333 flg.). Dieser Auffassung trat das Reichsgericht bei. Was die Vermittlung von Handelsgeschäften anlangt, so leiden, wie das Reichsoberhandelsgericht bereits in seinem (Bd. 7, Nr. 23 S. 90 seiner Entscheidungen veröffentlichten) Urtheile vom 14. September 1872 mit Recht ausgesprochen hat, die landrechtlichen Bestimmungen nicht unbeschränkt Anwendung, es finden vielmehr die Vorschriften in Buch I, Tit. 7 H.-G.-B. zwar nicht, soweit sie die Beglaubigung durch die amtlich bestellten Makler betreffen, wohl aber soweit sie sich auf die gewerbsmäßige Vermittlung von Handelsgeschäften beziehen, auch auf Privathandelsmakler entsprechende Anwendung, bezüglich deren die Zusage einer Provision seitens beider Kontrahenten nicht ausgeschlossen ist (vgl. auch Art. 290 H.-G.-B.). R. IV. (62.) 222—224.

Vermittelungsauftrag. Das Reichsgericht hat (in den Erkenntnissen vom 23. März 1880 in Sachen du B. wider W. — IV a 53/79—) in Uebereinstimmung mit der konstanten Praxis des vormaligen preußischen Obertribunals (vgl. Präjudiz Nr. 1687 vom 30. Januar 1846 [Präjud.-Samml. S. 77]; Entsch. Bd. 23, S. 308; Striethorst, Archiv Bd. 5, S. 90 und 94, Bd. 19, S. 258, Bd. 52, S. 226, Bd. 54, S. 334, Bd. 62, S. 106, Bd. 70, S. 341; Entsch. des R.-O.-H.-G.'s Bd. 7,

S. 90) ausgesprochen, daß **die Bestimmung A. L.=R. I. 13. §. 22 gleichmäßig zur Anwendung kommt, mag es sich um eine eigentliche Vollmacht, welche die Vertretung gegen Dritte bei einem Rechtsgeschäfte zum Zwecke hat, oder um einen Auftrag zur Vermittelung eines Rechtsgeschäftes handeln.** [R. IV. (62.) 222.] Ueberdies kommt in dem Falle des §. 21 alles, was der Bevollmächtigte gethan hat, lediglich dem Machtgeber zu gute. Die Vorschrift enthält eine specielle Anwendung des übereinstimmend mit dem gemeinen Rechte (l. 10. §. 8, l. 20 per Dig. mandati 17. 1; Entsch. des R.=O.=H.=G.'s Bd. 6, S. 64. 66; Gruchot, Beiträge Bd. 14, S. 374 fg.) im Landrechte enthaltenen allgemeinen Grundsatzes, daß alle aus einem aufgetragenen Geschäfte entstehenden Vortheile dem Machtgeber allein zu Statten kommen (§. 62 daselbst), der Bevollmächtigte also den erhaltenen Auftrag nicht dazu gebrauchen darf, sich ohne Einwilligung des Machtgebers eigene Vortheile dadurch zu verschaffen (§. 63), wogegen der Bevollmächtigte, blos bei Gelegenheit des Auftrages, Geschäfte, die mit demselben in keiner Verbindung stehen, zu seinem eigenen Vortheile verhandeln und ausführen kann (§. 64). (Vgl. Entsch. des R.=O.=H.=G.'s Bd. 10, S. 361, Bd. 14, S. 192; Dernburg, Privatrecht, 2. Aufl., Bd. 2, S. 487. [§. 182 ad d.]) R. IV. (80.) 292—296.

Lagerkosten kann der beanstandende Käufer verlangen, auch wenn er **zugleich in eigenem Interesse, in Ausübung eines Retentionsrechtes, die Waare zurückbehalten** hat. R. I. (104.) 285.

Die Forderung auf Lagergeld setzt nicht voraus, daß die Waare bei einem Dritten oder in einem öffentlichen Lagerhause untergebracht worden ist; dasselbe darf auch gefordert werden, wenn **die Lagerung in eigenem oder gemiethetem Raume geschehen** ist, und erwächst in jedem dieser Fälle gemäß Art. 290 ein Anspruch auf Lagergeld nach den am Orte gewöhnlichen Sätzen. R. I. (104.) 286.

Art. 291.

Wenn anzunehmen ist, daß die **Art der Rechnungsaufstellung auf Vereinbarung mit dem Korrespondenten** beruht oder dessen Zustimmung erhalten hat, so ist ein durch ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung der Parteien zu Stande gekommener Vertrag, welcher ein kaufmännisches Kontokorrentverhältniß begründete, als vorliegend anzusehen. Denn es genügt zur Herstellung eines solchen Verhältnisses in dem Geschäftsverkehre zwischen Kaufleuten das Einverständniß, daß die gegenseitigen einzelnen Leistungen nicht zur Erfüllung korrespondirender Verpflichtungen beziehungsweise zur Tilgung einer gewissen (einheitlichen oder zusammengesetzten) Schuld dienen, sondern als unter sich und einander gegenüber unabhängige Kreditgewährungen gelten sollen bis zu einer, nach gewissen Zeitabschnitten behufs Ermittelung: „auf welcher Seite sich ein Ueberschuß herausstellte und auf wie hoch sich dieser, als eine selbständige Forderung zu betrachtende, Ueberschuß beziffere," vorzunehmenden Aufrechnung der Beträge des von jedem der Kontrahenten Geleisteten und einer demnächstigen Vergleichung der beiden sich hieraus ergebenden Summen. Durch die Häufigkeit der auf die vorstehend bezeichneten Zwecke gerichteten Vereinbarungen und zufolge der durch Handelsgebrauch erfolgten Sanktionirung der mit letzteren nach den Anschauungen des Handelsstandes verbundenen Rechtswirkungen hat das entsprechende Rechtsverhältniß unter dem Namen

„Kontokorrentverhältniß" die Natur eines besonderen Rechtsinstitutes und seine gegenwärtig allgemein anerkannte Geltung erlangt. Hierin stimmt, mögen auch im übrigen abweichende Meinungen sich kundgeben, die Auffassung in der Handelswelt sowie in der Judikatur und Wissenschaft überein. Namentlich steht mit der obigen Darlegung des ausreichenden, aber unbedingt nothwendigen Inhaltes eines Kontokorrentvertrages, und somit der wesentlichen Merkmale des Kontokorrentverhältnisses, die Rechtsprechung des vormaligen Reichsoberhandelsgerichtes im Einklange, indem sie bezüglich des Begriffes des fraglichen Rechtsverhältnisses für maßgebend erklärt, daß in dem bezüglichen Geschäftsverkehre die einzelne Leistung keine eigentliche Entlastung des Leistenden, sondern eine Belastung des anderen Theiles bewirke, insonderheit die Absicht beider Theile darauf gerichtet sei, daß die beiderseitigen Leistungen auf jeder Seite innerhalb von Rechnungsperioden ein Ganzes bilden, also die einzelnen Rechnungsposten in den Abschlußsummen des Kredit und Debet und zuletzt in dem durch deren Vergleichung zu ermittelnden Saldo aufgehen sollen. (Vgl. beispielsweise Bd. VI. [2. Aufl.] Nr. 60. S. 257 Entsch. des R.-O.-H.-G.'s.) R. I. (8.) 18—20.

Das Privileg, welches einem in das Kontokorrent aufgenommenen Posten anklebt, geht nicht bis zum Betrage des letzteren auf den Hauptsaldo über. Wie in Doktrin und Rechtsprechung anerkannt ist, besteht das Wesen des Kontokorrentverhältnisses darin, daß dem Willen der Kontrahenten gemäß die Leistungen derselben zum Zwecke gegenseitiger Belastung innerhalb von Rechnungsperioden ein Ganzes bilden und hierbei die einzelnen Posten, die nicht als selbständige Ansprüche bezw. Gegenansprüche, sondern lediglich als Rechnungsposten in Betracht kommen, in dem aus der Vergleichung des Kredit und Debet sich ergebenden Saldo aufgehen sollen. Die rechtlichen Wirkungen des Kontokorrents knüpfen sich sodann an die Anerkennung des Saldo, welche zur Folge hat, daß die auf dem Fundamente derselben beruhende Saldoforderung an die Stelle der als ausgeglichen anzusehenden Posten der Rechnung tritt. Ein solcher Posten besteht in dem Saldo nicht in seiner Individualität fort, und geht somit das Privileg, welches dem letzteren anklebte, nicht auf die Saldoforderung über. R. III. (10.) 17. 18

Ein Gläubiger, welcher einer offenen Handelsgesellschaft einen revolvirenden Kredit gewährt, kann ausgeschiedene Gesellschafter für die nach ihrem, dem Gläubiger bekannten Ausscheiden von der Handelsgesellschaft eingegangenen, dem Kreditverhältniß unterfallenden Verbindlichkeiten nicht haftbar machen. (Dies auch dann nicht, wenn ein Kontokorrentverhältniß bestanden hat.) Siehe hierüber bei Art. 129 ad R. IV. (23.) 81—86.

Wirkung der Nichterfüllung eines Vertrages auf Kontokorrentposten, welche in der vorausgesetzten Erfüllung ihre causa haben, bei Beendigung des Kontokorrentverhältnisses. Unter der Uebernahme fremder Schulden ist nach der Terminologie der §§. 404. 405. A. L.-R. I. 14, wie nach der gewöhnlichen Bedeutung des Begriffes nicht die bloße Verpflichtung, fremde Schulden übernehmen zu wollen, das Vertragsverhältniß zwischen dem Uebernehmer und dem bisherigen Schuldner, wodurch sich ersterer dem letzteren zum Eintritt verpflichtet, sondern der Eintritt des Uebernehmers dem Gläubiger gegenüber unter Befreiung des bisherigen Schuldners, bezw. die Herbeiführung der Befreiung des Schuldners, zu verstehen. Dies ist die Handlung, für welche im Zweifel dem Uebernehmer erst die Vergütung vom bisherigen Schuldner erwächst. Wird daher Jemand

im Kontokorrent für die Uebernahme seiner Schulden durch seinen Korrespondenten zu Gunsten dessen in Höhe des Schuldenbetrages belastet, so kann diese Belastung nur als in Voraussetzung wirklich bereits bewirkter Befreiung oder einer noch vorzunehmenden erfolgt angesehen werden. Erreicht der Kontokorrentvertrag sein Ende, ohne daß jene Voraussetzung der Belastung zur Verwirklichung gelangt ist, so muß der betreffende Belastungsposten durch einen entsprechenden Entlastungsposten wieder ausgeglichen werden, da nach dem Wesen des Kontokorrentvertrages die einzelnen Rechtsverhältnisse zwischen den Interessenten in das Kontokorrent und dessen Abrechnung nur insoweit gehören, als sie für die Interessenten einen Geldschuldungseffekt des einen dem anderen gegenüber hervorgebracht haben. Ob nach Inhalt des geschlossenen Schuldübernahmevertrages dessen Erfüllung dann noch von der einen oder anderen Seite begehrt werden kann, dies ist eine von dem Kontokorrentverhältniß unabhängige, lediglich aus dem Uebernahmevertragsverhältniß zu lösende Frage. R. II. (72.) 262—264.

Art. 294.

Das formgerechte Anerkenntniß eines durch Abrechnung über gegenseitige Forderungen ermittelten Schuldbetrages enthält nach preußischem Rechte einen selbständigen Verpflichtungsgrund. Art. 294. Eine von einer Seite geforderte und von der anderen Seite abgegebene Willenserklärung und eine in beiderseitiger Uebereinstimmung erfolgte Feststellung das Saldo enthält die Aufstellung eines selbständigen Schuldgrundes; der ausgesprochene Verpflichtungswille, gestützt auf das gewonnene Resultat eines bisherigen Geschäftsverkehres, ist als genügende causa debendi zu erachten. Die durch Abrechnung bewirkte vertragsmäßige Feststellung der Höhe einer Gesammtforderung hat den Zweck, ein Zurückgehen auf die der Abrechnung zu Grunde liegenden Schuldbeziehungen entbehrlich zu machen. Dem bei der Abrechnung vorhandenen Willen der Abrechnenden entsprechend kann sich fortan derjenige, für welchen durch die Abrechnung ein Guthaben ermittelt ist, auf die neue Einigung berufen, anstatt die einzelnen früheren Forderungen prozessualisch begründen und beweisen zu müssen. Es trägt die Abrechnung, ohne materiell etwas neues schaffen zu wollen, ein formell neues, von dem ursprünglichen Bestande der Forderungsverhältnisse abstrahirendes, und für seine juristische Wirksamkeit an sich genügendes Wollen in sich. (Vgl. Bähr, die Anerkennung ꝛc. 2. Aufl. S. 239.) Auch das frühere R.-O.-H.-G. hat in der anerkannten Abrechnung als einer zweiseitigen Uebereinkunft einen neuen selbständigen Verpflichtungsgrund in Beziehung auf den durch dieselbe ermittelten und vertragsmäßig festgestellten Schuldbetrag — andererseits auch einen selbständigen Liberationsgrund — gefunden. (Entsch. Bd. 4, S. 73. 74. Bd. 16, S. 126.) Ebenso ist von dem früheren preuß. Obertribunale in dem Erkenntniß vom 26. September 1867 (Striethorst, Archiv Bd. 67, S. 361) angenommen, daß die auf Grund einer Abrechnung über gegenseitige Forderungen abgegebene, die Richtigkeit des festgestellten Resultates anerkennende Willenserklärung eine civilrechtliche Schuldverschreibung konstituire. Als rechtliche Folge hiervon ist von dem Obertribunale zugleich der Satz aufgestellt: „Will der Erklärende die Unwirksamkeit dieser Verbindlichkeit behaupten und darthun, so reicht dazu die Behauptung nicht aus, daß der eine oder andere der anerkannten Forderungsposten in thatsächlicher Beziehung unrichtig sei, vielmehr ist darzuthun, daß der Wille

des Erklärenden in Ansehung dieser Forderungen beeinflußt gewesen, daß eine anerkennende Willenserklärung hinsichtlich dieser nicht habe abgegeben werden sollen; es muß mithin ein Irrthum, der die Willenserklärung veranlaßte, nachgewiesen werden.“ Diesem Satze ist beizustimmen mit der Erweiterung, daß überhaupt nur solche Einwendungen zuzulassen sind, welche sich gegen die Gültigkeit der vertragsmäßigen Feststellung des Rechnungsverhältnisses oder gegen das Anerkenntniß selbst richten. Da in dem letzteren ein selbständiger Rechtsgrund liegt, so kommt es für die klageweise Begründung des Anspruches auf die causa praecedens nicht mehr an und Erinnerungen gegen die Richtigkeit einzelner Posten, sowie allgemeine Rügen von Unrichtigkeiten der Rechnung sind bedeutungslos; denn für den Fall, daß sie bereits vorher erhoben sein sollten, erscheinen sie als durch späteren Verzicht beseitigt, wogegen die erst nachträglich erhobenen Einwendungen gegen die Einzelposten in Betracht der vorher erfolgten, die Schuldverpflichtung selbständig begründenden Anerkennung durch letztere ausgeschlossen sind. (Vgl. Entsch. des R.-O.-H.-G.'s Bd. 3, S. 423. 432.) Wenn in dem Erkenntnisse des preuß. Obertribunals vom 3. März 1845 (Entsch. Bd. 11, S. 345) darauf Gewicht gelegt ist, daß die preußischen Gesetze nirgends das Anerkenntniß als einen Entstehungsgrund von Rechten bezeichnen, so ist dagegen geltend zu machen, daß auch keine gesetzliche Vorschrift entgegensteht, in dem vertragsmäßigen Anerkenntnisse des Saldo bei dem Abrechnungsgeschäfte einen selbständigen Verpflichtungsgrund zu finden (vgl. Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. II. §. 15). R. II. (87.) 337—339.

Der auf einen Anerkennungsvertrag gestützten Klage kann der Einwand wirksam entgegengesetzt werden, das Schuldversprechen beruhe auf gesetzlich verbotenen und deshalb ungültigen Rechtsgeschäften. Denn wenn man auch davon ausgeht, daß nach dem gemeinen Rechte bezw. der heutigen Rechtsanschauung der erklärte Wille des Kontrahenten schon für sich allein rechtserzeugende Kraft habe, vorausgesetzt nur, daß derselbe auf Begründung einer Obligation gerichtet war, es also der Angabe des materiellen Schuldgrundes nicht nothwendig bedürfe (vgl. Entsch. des R.-G. in Civils. Bd. 2 Nr. 16, S. 49), so folgt doch daraus noch nicht, daß es dem Schuldner nicht gestattet sei, die Rechtswirksamkeit dieses Schuldversprechens im Wege der Einrede deßhalb anzufechten, weil dasselbe auf gesetzlich verbotenen und deshalb ungültigen Rechtsgeschäften beruhe. Es werden denn auch selbst dem auf Grund eines Wechsels erhobenen Anspruche gegenüber Einreden aus dem Materiellen des dem Wechselzuge zu Grunde liegenden Geschäftes, welche die Ungültigkeit desselben darthun, insbesondere der Einwand, daß der Wechsel zur Deckung von Schulden aus unerlaubten Geschäften gegeben sei, unter den unmittelbaren Kontrahenten nach Art. 82 der W.-O. zugelassen. R. V. (33.) 126. 127.

Art. 298.

Art. 298. **Beweislast im Falle der Erklärung des auf Vertragserfüllung Belangten, er habe den klagefundamentalen Vertrag als Stellvertreter eines Dritten, als des Kontrahenten, abgeschlossen.** Hierüber folgendes: Die Ansicht, daß der als Käufer auf Erfüllung des Kaufvertrages Belangte, dessen Auslassung auf die Klage dahin gehe: „der klagefundamentale Kauf sei von ihm in (sei es nun infolge ausdrücklicher Erklärung, sei es aus dafür schlüssigen Umständen) von dem Verkäufer erkannter Weise nicht für

sich, sondern als Stellvertreter eines Dritten, als des Käufers, abgeschlossen," seine positive Sachdarstellung, als Grund eines Einwandes, zu beweisen habe, widrigenfalls der Klagegrund durch seine Erklärung als bewiesen gelten müsse, ist unrichtig. Dieselbe ist bereits in der (schließlich konstanten) Judikatur des O.-A.-G. zu Lübeck, so wie stets seitens des Reichsoberhandelsgerichts, auch bereits mehrfach durch das Reichsgericht reprobirt. Eine Erklärung des gekennzeichneten Inhaltes enthält lediglich ein qualificirts Bestreiten des Klagegrundes seitens des Beklagten. Vertragssubject, und als solches aus dem Vertrage verpflichtet, ist diejenige Person, welche (gemäß der erkennbaren Vertragswillensvereinigung) als Kontrahent Vertragsrechte erwirbt und Vertragspflichten eingeht. Dieselbe kann die Vertragswillensäußerung unmittelbar oder durch Stellvertreter verwirklichen. Weder für das eine, noch für das andere streitet eine Vermuthung oder ein begreiflicher Grund. Die Kontraktsklage findet nur gegen das Vertragssubjekt statt. **Der Kläger muß** also **als solcher substanziiren und im Falle des** (sei es nicht qualificirten, sei es qualificirten) **Bestreitens beklagterseits beweisen, daß der Beklagte Vertragssubjekt sei.** R. III. (38.) 122. 123.

Beweislast, wenn der Beklagte zwar einräumt, mit dem Kläger den von diesem geltend gemachten Vertrag geschlossen zu haben, jedoch leugnet, hierbei als Selbstkontrahent gehandelt zu haben. Wenn der aus einem Vertrage Belangte geltend macht, entweder: er selbst habe das Geschäft nicht in eigenem, sondern in fremdem Namen geschlossen, so trifft den Kläger die Beweislast dafür, daß der Beklagte in eigenem Namen kontrahirt habe. Denn das Kontrahiren in eigenem und das Kontrahiren in fremdem Namen sind verschiedene selbständige Begriffe und bringen verschiedenartige Rechtsverhältnisse hervor. Die betreffende Gegenbehauptung des Beklagten ist also keine Einrede, sondern Leugnen des Klagegrundes, welchen letzteren nach allgemeiner Rechtsregel der Kläger zu beweisen hat. — Eine andere Frage ist die der Beweisführung. Da jedes Geschäft seine Wirkungen zwischen denjenigen erzeugt, zwischen welchen es schlechthin, d. h. nicht — ausdrücklich oder nach den begleitenden Umständen — im Namen eines Anderen geschlossen ist, so genügt der Kläger seiner Beweispflicht bezüglich des Kontraktschlusses im eigenen Namen, wenn er darthut, daß zwischen ihm und dem Beklagten das Geschäft schlechthin geschlossen worden, d. h. ohne daß ein Kontrahiren in fremdem Namen erkennbar gewesen sei. Dann ist es Sache des Beklagten, im Gegenbeweise Momente beizubringen, aus welchen sich ergiebt, daß in fremdem Namen kontrahirt sei. Hieraus erhellt, daß es nicht korrekt ist, in solchen Fällen von einer dem Kläger zur Seite stehenden faktischen Vermuthung, welche die Beweislast nicht ändert, zu sprechen. R. II. (53.) 194—196. (Hierüber siehe noch: Entsch. d. R.-O.-H.-G.'s Bd. 4, S. 174; Bd. 18, S. 294 ff.; Bd. 22, S. 222; Bd. 23, S. 57; ferner Strieth., Arch. Bd. 43, S. 101; Erk. des O.-App.-Ger.'s zu München vom 9. Dezember 1859 in Goldschmidts Zeitschrift f. d. H.-R. Bd. 7, S. 611; ferner für Leugnen des Klagegrundes: Seufferts Archiv Bd. 8, Nr. 103; Bd. 12, Nr. 27; Bd. 16, Nr. 150; Bd. 22, Nr. 84; contra für Einrede: Seufferts Archiv Bd. 1, Nr. 193; Bd. 15, Nr. 272; Bd. 17, Nr. 107; Bd. 18, Nr. 126 — v. Hahn, Commentar z. H.-G.-B. 3. Auflage Bd. 1, S. 206 zu Art. 52, §. 7; Römer im Archiv für die civil. Praxis Bd. 62 (N. F. Bd. 12),

S. 160 ff. Laband in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 10, S. 214; v. Völderndorff, Komment. zu Art. 55 H.-G.-B. Bd. 1, S. 404; Art. 52 H.-G.-B.)

Durch nachträgliche Genehmigung einer unbeauftragten Geschäftsführung entstehen zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn eben die Rechte und Pflichten wie zwischen einem Machtgeber und Bevollmächtigten. Der Satz: ratihabitio mandato comparatur ist lediglich ein Ausdruck des Princips, daß **die nachfolgende Genehmigung der vorgängigen Ermächtigung gleichartig ist.** R. VI. (84.) 306.

Ein Vertrag, wodurch der Machtgeber sich verpflichtet, dem Bevollmächtigten die ihm ertheilte Vollmacht nicht zu entziehen, ist nicht rechtsverbindlich. Aus der Natur des Vollmachtsvertrages, als eines wesentlich auf dem Vertrauen des Machtgebers zu dem Beauftragten beruhenden, zunächst nur die Interessen des ersteren betreffenden Rechtsverhältnisses folgt mit Nothwendigkeit der auch in den Quellen (l. 12 §. 16, l. 22 §. 1 Dig mand. 17. 1; §. 9 J. de mand. III, 26) ausgesprochene Satz, daß die Vollmacht von dem Machtgeber dem Beauftragten gegenüber jederzeit widerrufen werden kann. Ein Vertrag, durch welchen dieses Widerrufsrecht ausgeschlossen, der Machtgeber über die Dauer seines Vertrauens hinaus gebunden wird, ist, weil mit dem Wesen des Rechtsgeschäftes in Widerspruch stehend, nicht verbindlich. Wenn auch ein Vertrag zwischen dem Machtgeber und dem Bevollmächtigten, wonach die Vollmacht innerhalb einer bestimmten Zeit nicht zurückgenommen werden soll, nicht als gegen die guten Sitten verstoßend ungültig ist, so kann doch auf Grund eines solchen Vertrages der Beauftragte nicht verlangen, daß ihm die Vollmacht nicht entzogen und ihm die Ausführung der Geschäfte, auf welche sie sich bezieht, überlassen werde, sondern es kann nur etwa ein Anspruch auf Zahlung des für die Ausführung zugesicherten Honorars oder auf Entschädigung erhoben werden. R. III. (53.) 186. 187.

Der Bevollmächtigte ist verpflichtet dem Machtgeber nach Kündigung des Mandats die ihm ertheilte Vollmachtsurkunde auf Verlangen herauszugeben. Eine direkte Entscheidung der Frage findet sich zwar in den Rechtsquellen nicht. Denn l. 8 pr. Dig. mand. 17. 1 bezieht sich auf diejenigen Urkunden, welche dem Bevollmächtigten zum Zweck der Ausführung des Mandats übergeben sind. Aus l. 20 pr. D. h. t. ergiebt sich jedoch, daß der Mandatar nach Aufhebung des Mandats alles dasjenige dem Mandanten herausgeben muß, was er infolge des Mandats und in Bezug auf dasselbe in Händen hat. Die ihm ertheilte Vollmachtsurkunde hat er aber zweifellos nur infolge und in Bezug auf das Mandatsverhältniß erhalten. Ihre Ertheilung hat vor allem den Zweck, dem Bevollmächtigten eine Legitimation beim Verkehr mit Dritten, bei den zur Ausführung des erhaltenen Auftrages erforderlichen Handlungen und Rechtsgeschäften zu verschaffen, da zur Begründung des Rechtsverhältnisses gemeinrechtlich der schriftliche Abschluß nicht nothwendig ist. Dieser Hauptzweck ist mit der Aufhebung des Mandats hinweggefallen, und somit der Mandatar zur Rückgabe der Urkunde verpflichtet. Wenn aus den Ausführungen eines in Seufferts Archiv Bd. 19 Nr. 40 abgedruckten Urtheils, in welchem die Verpflichtung des Mandatars, die Vollmachtsurkunde nach Aufhebung des Mandats zurückzugeben, verneint wird, hervorgehoben wird, daß die Vollmachtsurkunde eine gemeinschaftliche Urkunde sei, weil sie im Interesse beider Kontrahenten ausgestellt werde, und daß es für den Mandatar auch nach

Aufhebung des Rechtsverhältnisses von großem Interesse sei, durch Vorlegung der Vollmachtsurkunde sowohl dem Mandanten, wie Dritten gegenüber sofort die Existenz und den Umfang der ihm ertheilten Vollmacht nachweisen zu können, so ist zwar anzuerkennen, daß die Vollmachtsurkunde insofern als eine gemeinschaftliche bezeichnet werden kann, als sie auch dazu dient, das zwischen den Kontrahenten bestehende Rechtsverhältniß zu beurkunden und den Umfang des dem Mandatar ertheilten Auftrages festzustellen, sowie daß der Mandatar das bezeichnete Interesse hat. Allein daraus folgt nicht ein Recht des Mandatars auf den Besitz der ihm zum Zweck seiner Legitimation ertheilten Vollmachtsurkunde über die Dauer des Bestehens des Rechtsverhältnisses hinaus, sondern nur ein Anspruch darauf, daß der Mandant ihm bei Rückgabe der Urkunde eine Bescheinigung über den Umfang des ihm ertheilten Auftrages oder eine beglaubigte Abschrift der Vollmachtsurkunde mit dem Vermerke der erfolgten Aufhebung des Auftrages durch Kündigung gebe. In dem angezogenen Urtheile wird anerkannt, daß auch der Mandant ein Interesse auf Rückgabe der Vollmachtsurkunde nach Beendigung des Rechtsverhältnisses habe, dieses jedoch nur als ein dem Interesse des Mandatars gleichberechtigtes bezeichnet und hervorgehoben, daß der Mandant durch die Nichtrückgabe der Urkunde nicht gefährdet erscheine, wenn er das Mandat widerrufen habe, weil er sich durch Bekanntmachung des Widerrufes schützen könne. Dem kann jedoch nicht beigepflichtet werden; es muß vielmehr bei der Kollision der beiderseitigen Interessen dasjenige des Mandanten als das überwiegende und berechtigtere angesehen werden. Wollte man dem Mandatar auch nach der Kündigung des Auftrages die ihm übergebene Vollmachtsurkunde belassen, so würden durch Mißbrauch derseben nicht allein der Mandant, sondern auch Dritte, welche im Vertrauen auf die durch den Besitz der Vollmachtsurkunde beschaffte Legitimation des Bevollmächtigten mit diesem kontrahiren, gefährdet werden können, zumal dann, wenn eine Generalvollmacht zur Verwaltung des gesammten Vermögens des Mandanten ertheilt ist. Es erfordert die Rücksicht auf den Schutz des Mandanten wie auf die allgemeine Rechtssicherheit, dem Mandanten das Recht zuzuerkennen, nach Beendigung des Auftragsverhältnisses die Rückgabe der Vollmachtsurkunde zu verlangen, was auch in den neueren Gesetzgebungen anerkannt ist. (Ohne Zustimmung des Mandanten darf auch der Mandatar weder die während der Dauer des Rechtsverhältnisses etwa angefertigten beglaubigten Abschriften der Vollmachtsurkunde zurückbehalten, noch nach der Kündigung solche Abschriften für sich anfertigen lassen.) R. III. (53.) 187. 189.

Art. 299.

Nach Auffassung des preuß. Ldr. bildet die Cession nicht den Titel **Art. 299.**
zum Erwerbe des Eigenthums an der betreffenden Forderung, vielmehr nur — entsprechend der Tradition bei körperlichen Sachen — den Uebertragungsakt. Der Rechtsgrund der Cession hat in dem Cessionsvertrage (pactum de cedendo) seine Entstehung — A. L.-R. I. 11. §§. 376. 377. Wie jedoch in Praxis und Doktrin darüber kein Zweifel obwaltet, **bedarf es nicht der Errichtung eines besonderen und namentlich nicht eines formgerechten Cessionsvertrages.** Es genügt, wenn der Vertragswille der Interessenten auf die Uebertragung des Eigenthums, und zwar auf Grund eines bestimmten, zum Erwerbe des Eigenthums an sich geschickten Titels,

gerichtet ist, und in solcher Voraussetzung gelangt das Geschäft durch den Akt der Verlautbarung der Cession und der Annahme derselben zur Perfektion — §. 393 a. a. O. — Dieser Akt stellt sich als Uebergabe der cedirten Forderung und gleichzeitig, was die Eigenthumsübertragung anlangt, als beiderseitige Erfüllung des Geschäftes dar, dergestalt, daß dieses als ein abgemachtes gilt und der Anfechtung wegen mangelnder Form nicht mehr unterliegt. Hieraus folgt, daß das Gläubigerrecht an der Forderung durch die Cession und deren Annahme endgültig auf den Cessionar übertragen wird. Auch auf **schenkungsweise geschehene Cessionen** finden jene Grundsätze Anwendung. Nach §. 1065 a. a. O. wird die formlose Schenkung beweglicher Sachen — und das Gesetz betrachtet Forderungsrechte als bewegliche Sachen, A. L.-R. I. 2. §. 7, durch die Uebergabe rechtsgültig vollzogen. Da nun die Cession und deren Annahme bei Forderungen die Uebergabe vertreten, so bilden dieselben auch im Falle der formlosen Schenkung den Akt der Uebertragung des Eigenthums der Forderung auf den Cessionar, sodaß es des Hinzutrittes einer weiteren Förmlichkeit nicht bedarf. Die aus der Vorschrift des §. 1068 a. a. O. hergeleitete Annahme, daß nicht jede Tradition im rechtlichen Sinne A. L.-R. I. 7. §§. 61—73 die Wirkung des §. 1065 zur Folge habe, daß dies vielmehr nur bei der „wirklichen Naturalübergabe, wodurch die geschenkte Sache in den Besitz und die Gewahrsam des Beschenkten gelangt", der Fall sei, kann hier nicht in Betracht kommen, weil der §. 1068 unmittelbar nur auf körperliche Sachen sich bezieht und dem Gesetze bei Rechten der Gegensatz der Naturalübergabe zu anderen Arten der Tradition fremd ist. Insbesondere darf auch aus jener Vorschrift nicht gefolgert werden, daß die Uebergabe einer geschenkten Forderung im Sinne des §. 1065 a. a. O. nur dann vollzogen sei, wenn neben der Cession und deren Annahme noch die Ausfolgung der Cessionsurkunde und des Schuldinstrumentes an den Cessionar stattgefunden hat. Denn daß im allgemeinen der Uebergang des Eigenthums an einer Forderung — von Wechsel- und ähnlichen Forderungen abgesehen — nicht durch die Uebergabe jener Urkunden bedingt ist, ergiebt sich aus den §§. 395 flg. A. L.-R. I. 11, nach welchen die fraglichen Urkunden nur zur Legitimation des Cessionars dem Schuldner und bezw. Dritten gegenüber dienen; von dieser Regel für den Fall der schenkungsweise erfolgten Cession abzuweichen, dafür fehlt es im Gesetze an dem erforderlichen Anhalte. — Wenn das vormalige preuß. Obertribunal (Entsch. Bd. 82, S. 16) zur Begründung seiner gegentheiligen Annahme ausgeführt hat, daß der §. 1065 eine solche Uebergabe voraussetze, welche nach allen Richtungen hin vollendet sei und den Geschenknehmer der Nothwendigkeit überhebe, zum Zwecke der thatsächlichen Verfügung über die geschenkte Sache mit dem Schenkenden noch in Konflikt zu treten, so kann dieser einschränkenden Interpretation, die in ihren Konsequenzen zu Ergebnissen führen muß, welche dem Gesetze offenbar fern gelegen haben, nicht beigepflichtet werden; und wie unbedenklich der Geschenknehmer, dem auf Grund des formlosen Schenkungsvertrages die betreffende Sache körperlich übergeben worden, als Eigenthümer derselben befugt ist, von dem Schenkenden die Ausantwortung eines unentbehrlichen Zubehörs zu beanspruchen, ebenso kann auch der Cessionar einer formlos geschenkten Forderung kraft des durch die Cession und deren Annahme auf ihn übergegangenen Gläubigerrechtes von dem Cedenten die Ausfolgung der zu der Legitimation erforderlichen Urkunden verlangen. R. IV. (63.) 224—228.

Nach der Entwickelung der Lehre von der Cession der Forderungen im neueren Rechte, nach der im heutigen Verkehrsleben herrschenden, auch in der Doktrin und Praxis zur Anerkennung gelangten und in den neueren Gesetzgebungen zur Geltung gebrachten Rechtsauffassung für das heutige Recht muß der mit dem Begriff und dem Wesen des Forderungsrechtes wohl verträgliche Satz angenommen werden, daß **durch die Cession eine Sondernachfolge in die Forderung herbeigeführt** wird, und daß **der Uebergang des abgetretenen Forderungsrechtes von dem Cedenten auf den Cessionar mit dem Akte der Cession** in der Art sich vollzieht, daß der bisherige Gläubiger ohne weiteres, namentlich **ohne das Hinzutreten der Denunziation der Cession an den Schuldner** aufhört Gläubiger zu sein und derjenige, auf welchen die Forderung übertragen wird, als neuer Gläubiger an dessen Stelle tritt, und daß die Denunziation nur von Bedeutung ist für die Befugniß des Schuldners an den ursprünglichen Gläubiger mit befreiender Wirkung Zahlung zu leisten. R. IV. (32.) 111—115. [Siehe noch R. IV. (85.) 330—334.]

Die Vorschrift des §. 425. I. 11. A. L.-R. enthält kein Verbotsgesetz gegen die Uebernahme der selbstschuldnerischen Bürgschaft für eine cedirte Forderung seitens des Cedenten. Es ist nicht ausgeschlossen, daß der Cedent für die Forderung dem Cessionar ein Pfand gewährt oder einen Bürgen stellt, oder daß er selbst die Bürgschaft einfach oder selbstschuldnerisch übernimmt, und hierdurch den neuen Gläubiger als Schuldner neben dem ursprünglichen Schuldner sich konstituirt. Der Fall der Pfandbestellung oder Bürgschaft hat übrigens nur praktische Bedeutung, wenn es um bloße Unsicherheit der Forderung sich handelt, da beide zu ihrer Wirksamkeit die Rechtsgültigkeit der zu sichernden Forderung zur Voraussetzung haben. (A. L.-R. I. 20, §. 12; I. 14, §. 251.) R. IV. (75.) 274—279.

Dem Cessionar einer rechtskräftig festgestellten Forderung gegenüber kann der Schuldner eine ihm gegen den Cedenten zustehende Forderung zur Kompensation bringen. R. VI. (77.) 277—281.

Bekanntmachung der Cession. Die Cession, als Singular-Succession in den aktiven Theil eines Forderungsrechtes, vollzieht sich — wie ohne Zustimmung und Mitthätigkeit, so auch ohne Erschwerniß und Belastung des Schuldners — zunächst zwischen dem abtretenden und dem erwerbenden Gläubiger. Der letztere, als Cessionar, erwirbt das abgetretene Recht in dem substantiellen Umfange, wie der Cedent es besessen, also mit allen daran haftenden Beschränkungen und daher mit der Pflicht, alle Vorgänge gegen sich gelten zu lassen, welche hemmend und störend auf die ursprüngliche Obligation eingewirkt haben. Das Einrederecht des Schuldners, wie es auf der Basis der Obligation entstanden, erleidet daher durch die Cession an sich keine Veränderung; der Schuldner kann vielmehr alle Einwendungen und Gegenforderungen, die er gegen den Cedenten rügen könnte, auch dem Cessionar entgegensetzen (A. L.-R. I. 11, §§. 407. 408; I. 16, §. 35), ja sich selbst — ungeachtet der Cession — in Verhandlungen mit dem Cedenten über die abgetretene Forderung einlassen (A. L.-R. I. 14, §§. 413 fg.). Die Stellung des Schuldners zu dem Cessionar und dem Cedenten erleidet aber eine Aenderung, wenn der Schuldner den Cessionar als Gläubiger in rechtsgültiger Weise anerkannt hat, oder wenn dem Schuldner die Cession „gehörig“, d. h. in der vom Gesetze vorgeschriebenen Weise bekannt gemacht worden ist (§§. 412 fg. a. a. O.). In beiderlei Form wird die Rechts-

beziehung zwischen dem Schuldner und dem ursprünglichen Gläubiger gelöst und eine solche zwischen dem Schuldner und dem Cessionar, als neuem Gläubiger, hergestellt, und zwar durch die Notifikation mit der rechtlichen Wirkung, daß dem Schuldner jede fernere Verhandlung über die abgetretene Forderung mit dem Cedenten untersagt ist (§. 414 a. a. O.), und daß er nur das, was er an den Cedenten vor bekannt gemachter Cession zu fordern hatte, gegen die cedirte Forderung abrechnen kann (A. L.-R. I. 16, §. 313). **Weil aber die Kompensation eine Forderung — wie die Zahlung — tilgt, so muß die Forderung, mit welcher kompensirt werden soll, auch fällig sein, d. h. der geltend gemachten Forderung gegenüber als Zahlung gelten können.** (§§. 300. 301. 343 fg. 361 a. a. O.). Diese Fälligkeit ist daher eine nothwendige Voraussetzung auch im Falle des §. 313 a. a. O., also für die Kompensation des Schuldners gegen eine cedirte Forderung mit demjenigen, „was er an den ersten Inhaber vor bekannt gemachter Cession zu fordern hatte." Der §. 312 a. a. O. sagt nun freilich nicht, wann diese Fälligkeit eingetreten und vorhanden sein müsse, allein wenn man davon ausgeht, daß die Bekanntmachung der Cession ein unmittelbares Rechtsverhältniß zwischen dem Schuldner und dem neuen Gläubiger, dem Cessionar, begründet; daß mit dem Zeitpunkte der Notifikation das Einrede- und Kompensationsrecht des Schuldners — durch Ablösung von der Person des früheren Gläubigers — bezüglich der cedirten Forderung begrenzt und eingeschränkt wird, und daß der durch die Kompensation vermittelte Akt der Zahlung ermessen wird nach der Beschaffenheit der Gegenforderung zur Zeit der Notifikation, spätestens doch aber zur Zeit der Geltendmachung der Forderung, gegen welche kompensirt werden soll, so muß man auch — in Uebereinstimmung mit dem Königlich preußischen Obertribunale — annehmen, daß **die Kompensation** im Falle des §. 313 a. a. O. **nicht zulässig ist, wenn die Gegenforderung später, als die eingeklagte cedirte Forderung, fällig geworden ist.** Entsch. des preuß. Obertribunals Bd. 43, S. 109; Gruchot, Beitr. Bd. 19, S. 353; Förster, Theorie und Praxis (2. Ausgabe) Bd. 1, S. 573, A. 32; Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts (2. Ausg.) Bd. 2, S. 245; Koch, Kommentar zum §. 313 a. a. O. N. 13 (5. Aufl.). R. IV. (70.) 255—258.

Die Frage, ob der Schuldner im allgemeinen die Befugniß hat, Einwendungen und Gegenforderungen aus der Person eines Cedenten geltend zu machen, ist von der, in welchem Umfange dies zulässig ist, wenn eine solche Befugniß besteht, zu trennen. In letzterer Beziehung herrscht in der gemeinrechtlichen Theorie darüber Streit, ob sich die Zulässigkeit von Einwendungen auf „exceptiones rei cohaerentes" beschränke, und ob sie auf die exceptio doli sich erstrecke. (Vergl. v. Vangerow, Pandekten Bd. 3, §. 575, Anmerk. 1; Förster, Theorie und Praxis des preußischen Rechts Bd. 1, §. 99 zu Anmerk. 208 und 209.) A. L.-R. I. 11, §. 407 bezweckt die Entscheidung dieser Streitfragen (vergl. Förster a. a. O.) und trifft dieselbe dahin, daß der Schuldner alle Einwendungen und Gegenforderungen, welche er gegen den Cedenten rügen könnte, auch dem Cessionar entgegensetzen kann. Er setzt also hierbei voraus, daß der Schuldner zu Einwendungen und Gegenforderungen aus der Person des Cedenten überhaupt befugt ist, ohne zugleich darüber entscheiden zu wollen, ob dieses immer der Fall sei. Im §. 412 a. a. O. ist bestimmt, inwiefern die be-

zeichnete Befugniß in Bezug auf Einwendungen und Gegenforderungen durch Anerkenntniß ausgeschlossen wird, und in anderweiten Vorschriften, wie dieselbe bei cedirten Hypothekenforderungen in Bezug auf beide durch besondere Umstände beschränkt erscheint; vergl. A. L.-R. I. 20, §§. 423. 511, Anh. §. 53; Eigenthumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872, §. 38. Im allgemeinen aber ist sie hinsichtlich der Einwendungen und Gegenforderungen verschieden zu beurtheilen. Begründete Einwendungen gegen eine Forderung, in Folge welcher diese nur scheinbar besteht oder unwirksam ist, lassen sich als Mängel derselben bezeichnen. Eine mangelhafte Forderung aber kann, da regelmäßig niemand mehr Rechte zu übertragen im Stande ist, als er besitzt, an sich nur mit ihren Mängeln an Andere abgetreten werden. Schon hieraus ergiebt sich die Regel, daß der Schuldner zu Einwendungen aus der Person des Cedenten befugt erscheint, von selbst. Auch ist diese Regel im A. L.-R. I. 11, §. 407 vorausgesetzt und durch die §§. 402 und 408 a. a. O., wonach die Cession den Eintritt in alle Rechte und Pflichten des Cedenten bewirkt und die Verpflichtung des Schuldners nicht erschweren darf, anerkannt. Ebenso zweifellos ist dieselbe auf Einwendungen aus der Person von Zwischencedenten anwendbar. Denn, da nach §. 77 und 402 a. a. O. schon der Akt der Cession das Recht des Cedenten auf den Cessionar vollständig überträgt, so tritt auch dieser durch weitere Cession sein eigenes Recht mit allen Mängeln ab, welche an demselben in seiner Person entstanden sind. Anders verhält es sich mit bloßen Gegenforderungen des Schuldners. Nach A. L.-R. I. 16, §§. 300 und 301 werden Verbindlichkeiten durch Kompensation, d. h. durch gegenseitige Anrechnung des Geschuldeten, mit rückwirkender Kraft aufgehoben. Der kompensirten Forderung steht daher der Einwand der Tilgung entgegen, der nach dem Vorstehenden unzweifelhaft auch aus der Person von Zwischencedenten entlehnt werden kann. Allein, da die Kompensation durch gegenseitige Anrechnung bedingt ist, so tritt sie erst ein, wenn seitens des Gläubigers die Hauptforderung, und seitens des Schuldners die Gegenforderung geltend gemacht wird, um eben die Anrechnung und Tilgung beider herbeizuführen. Der Schuldner hat daher vorher noch keinen wirklichen Einwand, sondern nur die rechtliche Möglichkeit, diesen durch Geltendmachung seiner Gegenforderung für sich zu begründen. Daß wenigstens dem A. L.-R. diese Auffassung zum Grunde liegt, hat in den §§. 407 und 412 I. 11 eben dadurch Ausdruck gefunden, daß hier Einreden und Gegenforderungen als etwas Verschiedenes nebeneinander gestellt sind. Der Grund, auf welchem die Befugniß des Schuldners zu Einwendungen aus der Person des Cedenten beruht, trifft nach dem Vorstehenden auf bloße Gegenforderungen nicht zu, da deren Existenz allein noch keinen Mangel der Hauptforderung darstellt. Es sind daher nur besondere Ausnahmen, wenn auch diese nach §. 313 I. 16 aus der Person des ersten Cedenten und nach §. 315 a. a. O. aus der Person desjenigen Zwischencedenten, welchen der Schuldner bereits als seinen Gläubiger angenommen hatte, zugelassen werden, während die Bestimmung des §. 316 a. a. O., daß außer diesem Falle die Kompensation mit einer Gegenforderung gegen einen Zwischeninhaber der cedirten Forderung nicht stattfinden soll, gerade der Natur der bloßen Gegenforderung im Gegensatz zu bereits begründeten Einwendungen des Schuldners entspricht. Wenn gleichwohl in der Theorie mehrfach versucht ist, in Bezug auf Zwischencedenten die Einwendungen in ähnlicher Weise wie Gegenforderungen zu

beschränken, so kann dies nicht für gerechtfertigt erachtet werden. Vor allem ist Bornemann, welcher (in der systematischen Darstellung des Preuß. Civilrechts Bd. 3, §. 215 a. E. und Anm.*) die §§. 313 fg. A. L.-R. I. 16 auf alle Einwendungen „ob paritatem rationis" anwenden will, nicht beizutreten, weil es bei der soeben dargelegten rechtlichen Verschiedenheit von Einwendungen und Gegenforderungen gerade an der Gleichheit des Grundes hier fehlt. In anderer Weise beschränkt Koch (Uebergang der Forderungsrechte S. 197) die Einwendungen aus der Person von Zwischeninhabern ebenfalls, indem er bemerkt: Alle Einwendungen gegen die cedirte Forderung seien zulässig, wenn nur der Grund innerhalb der Zeit entstanden sei, wo der Cedent noch mit rechtlicher Wirkung über die Forderung verfügen konnte, also bis zur erfolgten Benachrichtigung des Schuldners von der Cession. Weil gerade dieser Akt der Modus sei, durch welchen ein Verhältniß zwischen dem Cessionar und dem Schuldner entstehe, so folge, daß alle Zwischencessionarien, welche in dieses Verhältniß nicht getreten seien, in Bezug auf den Schuldner als gar nicht vorhanden angesehen werden müßten. Allein auch diese Ansicht, welcher im wesentlichen Förster (a. a. O. §. 99 zu Note 213) und Dernburg (preuß. Privatrecht Bd. 2, §. 85 zu Note 27) beigetreten sind, kann nicht als zutreffend anerkannt werden, weil sie der Benachrichtigung des Schuldners von der Cession eine Bedeutung beilegt, welche ihr nicht gebührt. Wie schon bemerkt, überträgt bereits die Cession allein das Recht des Cedenten vollständig auf den Cessionar. Die Benachrichtung des Schuldners gewährt dem letzteren daher kein weiteres Recht, sondern bewirkt nur die Aufhebung des Verfügungsrechtes über die cedirte Forderung, welches der Cedent bis zur Vornahme derselben neben dem Cessianar behält (A. L.-R. I. 11, §§. 413 fg.), gerade so, wie dieses auch nach gemeinem Rechte der Fall ist; vergl. Windscheid, Pandekten Bd. 2. §. 331, besonders Note 8. [Siehe auch über Gemeines Recht R. IV. (32.) 111. 115.] Daraus aber folgt, daß der Schuldner in Folge der Benachrichtigung eines Zwischeninhabers nicht erst Einreden gegen diesen erwirbt (vergl. besonders Dernburg a. a. O.), sondern daß sie ihn im Gegentheil nur an der Begründung weiterer Einreden gegen denselben hindert, während bis dahin nichts entgegenstand, gegen den bloßen Zwischeninhaber, da dieser durch die Cession wirklicher Gläubiger geworden war und das Verfügungsrecht über die Forderung erst durch die Benachrichtigung verlor, auch Einreden zu erwerben und hierdurch einen der Forderung anhaftenden Mangel herzustellen. Daß **in Bezug auf Einwendungen aus der Person der Cedenten zwischen dem ersten und nachfolgenden Cedenten nicht zu unterscheiden** sei, hat auch das frühere preußische Obertribunal in den Entscheidungen Bd. 46, S. 86 fg. bereits angenommen, indem es hier die Einrede der Zahlung aus der Person eines Zwischencedenten unbeschränkt zuläßt. Diese von anderen Einwendungen verschieden zu behandeln, ist aber deßhalb nicht gerechtfertigt, weil der §. 407 A. L.-R. I. 11 ausdrücklich alle Einwendungen aus der Person der Cedenten zuläßt und in dieser Beziehung zwischen dem ersten und dem nachfolgenden Cedenten nicht unterscheidet. R. IV. (85.) 330—334.

Der Grundsatz des A. L.-R.'s I. 11, §. 407 und I. 16, §. 313, **daß der Schuldner dem Cessionar alle Gegenforderungen entgegensetzen könne, welche ihm zur Zeit der Bekanntmachung der Cession gegen den Cedenten zustanden,** gleichviel ob ihre Existenz dem Cessionar bei der Er-

werbung der Forderung bekannt war oder nicht, **findet auf Hypothekenforderungen keine Anwendung.** Für diese ist vielmehr der allgemeine Grundsatz entscheidend, daß jeder, der sich über ein aus dem Hypothekenbuch erhellendes Recht im guten Glauben mit dem Berechtigten in Verhandlungen eingelassen hat, in dem erworbenen Recht geschützt werden muß. Wenn daher der Gläubiger eine eingetragene Forderung, welche bereits getilgt, aber noch nicht gelöscht ist, weiter cedirt, so kann nach A. L.-R. I. 20, §. 423 und 522 der Schuldner dem Cessionar, der von der Tilgung nichts wußte und die gesetzlichen Vorschriften beobachtet hat, den Einwand der Tilgung nicht entgegensetzen. Da nun durch die bloße Existenz einer Gegenforderung die Hypothekenforderung noch gar nicht berührt wird — vergl. Entsch. des Obertribunals Bd. 4, S. 208 — so kann, wenn nicht eine ausdrückliche Abrechnung stattgefunden hat und diese dem Cessionar bei dem Erwerb der Forderung bekannt war, der Schuldner demselben eine solche Forderung selbst dann nicht entgegensetzen, wenn ihm bei dem Erwerb deren Existenz bekannt war. — Anh. §. 53 zu §. 511 A. L.-R. I. 20. — Entsch. des Obertribunals Bd. 13, S. 278. — Dieser Grundsatz konnte aber selbstverständlich auch schon nach dem preuß. Eigenthumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 geltenden Recht auf die **Cession von Rückständen an Zinsen im Hypothekenbuch eingetragener Forderungen oder anderer Jahresleistungen** keine Anwendung finden, obgleich dieselben, so lange sie nicht getilgt waren, die Natur eines objektiv dinglichen Rechtes hatten. — Vergl. Striethorst, Arch. Bd. 2, S. 61. — Denn da durch die Tilgung solcher fälligen Raten das dingliche Recht erlischt, ohne daß es einer Löschung im Grundbuch bedarf, der Inhalt des Grundbuches also keine Garantie dafür bietet, daß bereits fällige Zinsraten nicht schon getilgt sind, so kann für die Cession solcher Raten nicht der vorgedachte Grundsatz über den öffentlichen Glauben des Grundbuches maßgebend sein, sondern es gelten für dergleichen Cessionen in Betreff der Frage, welche Einreden sich der Cessionar entgegensetzen lassen müsse, die allgemeinen für nicht eingetragene Forderungen gegebenen Vorschriften des A. L.-R.'s I. 11, §. 407 und I. 16, §. 313. — Ganz anders dagegen verhält sich die Sache **in Betreff der erst nach der Cession fällig werdenden Raten, also in Betreff des Zinsrechts.** Denn die Existenz dieses Rechtes geht, wenn die Forderung als eine verzinsliche eingetragen ist, allerdings aus dem Grundbuche hervor, der Erwerber eines solchen vertraut dem öffentlichen Glauben desselben, und der vom Obertribunal in Betreff der Hypothekenforderungen — Entsch Bd. 13, S. 278 — aufgestellte Grundsatz muß daher unzweifelhaft nicht blos für das Kapital, sondern auch für die erst nach der Cession fällig werdenden Zinsen gelten. In der That würde auch die Sicherheit, welche der öffentliche Glaube des Grundbuches dem Erwerber einer Hypothekenforderung gewähren soll, vollkommen illusorisch werden, wenn, namentlich bei längere Zeit unkündbaren Forderungen, der Schuldner dem Anspruch des Cessionars auf die erst nach der Cession fälligen Zinsraten alle Forderungen kompensationsweise entgegensetzen könnte, welche ihm zur Zeit der Bekanntmachung der Cession gegen den Cedenten zustanden und von deren Dasein dieser nichts wußte. (Diese nach Allgemeinem Landrecht geltenden Grundsätze sind durch §. 39 des Eigenthumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 nicht aufgehoben. Der §. 39 soll nur den Satz ausdrücken, daß der §. 38 Abs. 2 auf cedirte Rückstände von Zinsen oder von sonstigen Jahresleistungen keine Anwendung findet.) R. IV. (86.) 334—337.

Nach dem klaren und unzweideutigen Wortlaut der §§. 402—404 Thl. I. Tit. 11 A. L.-R. sind **alle einer Forderung beigelegten Privilegien,** sie mögen ihren Grund in einer Eigenschaft der Forderung oder in einer Eigenschaft ihres ursprünglichen Gläubigers haben, **durch Cession übertragbar,** so daß dieselben mit der cedirten Forderung auch ohne besondere und ausdrückliche Abtretung auf den Cessionar übergehen, und nur in Betreff der mit der Forderung in gar keiner Verbindung stehenden, persönlichen Befugnisse des Cedenten ist dies nicht der Fall. Der aus dem Wortlaute der Paragraphen sich ergebende Sinn entspricht, wie sich aus der von Bornemann (vgl. System Ausgabe 2, Bd. 3, S. 86 Anmerk. 2) mitgetheilten Entstehungsgeschichte derselben ergiebt, der Absicht des Gesetzgebers. Aus der von Bornemann a. a. O. wiedergegebenen Bemerkung von Suarez in der revisio monitorum und aus den in der letzteren angeführten Beispielen geht insbesondere als unzweifelhaft hervor, daß nach der Absicht der Redaktoren des A. L.-R.'s die dem Cedenten wegen der cedirten Forderung zustehenden Konkursprivilegien auf den Cessionar auch ohne besondere und ausdrückliche Cession übergehen sollten, und daß, um diese Absicht zur Geltung zu bringen, nach mehrfachen Redaktionsveränderungen den hier in Rede stehenden Gesetzesstellen ihre jetzige Fassung gegeben ist. Es ist denn auch in der Theorie des preußischen Rechts anerkannt, daß den mehrerwähnten Paragraphen die oben angegebene Bedeutung beigelegt werden müsse. (Vgl. Bornemann a. a. O.; Koch, Lehrbuch Bd. 2, §. 352, S. 144; Förster, Theorie und Praxis 3. Ausgabe Bd. 1, §. 99, S. 652; Dernburg, Privatrecht 2. Ausgabe Bd. 2, §. 85, S. 199.) Koch führt zwar unter den nicht auf den Cessionar übergehenden persönlichen Befugnissen des Cedenten die Berechtigungen der Landschaften auf, allein aus dem in seinem Lehrbuche an die Spitze seiner Ausführung über den Uebergang der Vorrechte der cedirten Forderung auf den Cessionar aufgestellten Prinzipe ergiebt sich, daß er unter diesen Berechtigungen nicht die hier in Rede stehenden Vorrechte der Landschaften, sondern das denselben für ihre Zinsenforderungen gebührende Einziehungsrecht versteht. Nach den im A. L.-R. I. 11, §§. 402—404 ausgesprochenen allgemeinen Grundsätzen muß somit die Cession der Konkursprivilegien der (westpreußischen) Landschaft für zulässig erachtet und gleichzeitig angenommen werden, daß dieselben auch ohne besondere und ausdrückliche Abtretung durch die Cession der Forderung, mit welcher sie verbunden sind, auf den Cessionar übergehen. Dem stehen auch die über die Vorrechte der Landschaft ergangenen besonderen Gesetze nicht entgegen. (Die der Westpreußischen Landschaft in Betreff der Zinsen verliehenen Konkursprivilegien erstrecken sich aber nicht nur auf Verzugszinsen, sondern auch auf Kosten, denn der Anspruch auf Zahlung der ersteren und auf Erstattung der letzteren sind Nebenrechte der dem Cessionar cedirten Forderung, und deßhalb nach A. L.-R. I. 11, §. 402 zugleich mit dieser auf ihn übergegangen.) R. IV. (87.) 337—342.

Nach gemeinem Recht ist es **Regel, daß der debitor cessus gegen den Cessionar mit Forderungen an den Cedenten kompensiren darf,** sofern ihm diese Forderungen bei der Certioration zustanden, und, wenn die cedirte Forderung fällig ist, damals ebenfalls fällig waren. (Vgl. Krug, Kompens. S. 170 ff.; Dernburg, Kompens. S. 386; Seuffert's Archiv Bd. II. Nr. 279 (Lübeck), Bd. VI. Nr. 177 (Stuttgart), Bd. XII. Nr. 18

(Cassel), Bd. XIII. Nr. 91 (Celle), Bd. XIV. Nr. 22 (Jena); Fenner und Mecke Bd. IV. S. 32.) R. I. (124.) 346.

Art. 305.

Erfordernisse zur Substanziirung der auf den Besitz eines indossirten Ordrekonnossements gestützten Vindication. Hierüber folgendes: Die Behauptung und der Nachweis der Uebergabe eines Konnossements ist deshalb entbehrlich, weil allemal, wenn ein durch ein Ordrepapier als Gläubiger Legitimirter dasselbe besitzt, vermuthet wird, daß er durch Uebergabe in den Besitz desselben gelangt sei. Dieser Satz hat nicht etwa nur obligatorische, sondern auch dingliche Wirkungen. Wer diesem Satz widerspricht, hat einredeweise zu behaupten ev. zu beweisen, auf welchem anderen Wege, als durch Uebergabe, der Inhaber des Konnossements den Besitz desselben erworben habe. Was sodann die justa causa traditionis anlangt, so ist die Angabe und der Nachweis einer solchen bei der Eigenthumsklage überhaupt nur in dem Sinne erforderlich, daß eine Uebergabe behauptet und eventuell bewiesen werden muß, welche mit dem Willen einer Eigenthumsübertragung, einer Uebertragung zu vollem eigenem Rechte des Empfängers vorgenommen ist. Auch dieser Wille aber wird bei einem Ordrepapiere dann präsumirt, wenn dasselbe mit einem einfachen Indossamente, nicht etwa mit einem Prokuraindossamente, versehen dem durch das Indossament Legitimirten hingegeben worden ist. Auch hier hat der dies Bestreitende zu behaupten und zu beweisen, zu welchem anderen Zwecke das Ordrepapier dem Empfänger übergeben worden ist, als um es zu eigenem Rechte geltend zu machen; so kann z. B. die bloße Bestreitung der Behauptung, daß es dem Empfänger verkauft worden sei, hierfür sowenig genügen, wie eine allgemeine Aeußerung dahin, es sei ihm sine causa hingegeben worden. Wenn endlich auch, was zunächst die Ordrekonnossements anlangt, an sich nicht zu bezweifeln ist, daß in den Gebieten des gemeinen Rechts auch durch Konnossementsübertragung, falls sie auf Grund eines Kaufes geschieht, das Eigenthum der Waare nicht anders übergeht, als wenn der Kaufpreis entweder gezahlt, oder kreditirt ist (Heise, Handelsrecht S. 359 fg.; Goldschmidt, Handelsrecht Bd. I. Abth. 2 §. 81, S. 850 fg.; Levis, Deutsches Seerecht Bd. I. S. 301 Anmerkung), so kann doch auch in diesen Gebieten zur Substanziirung des auf den Besitz des Ordrekonnossements gestützten Eigenthumsanspruches eine Angabe des Vindikanten über die Preisregulirung deswegen nicht erforderlich sein, weil er seinerseits überhaupt gar nicht den Kauf als justa causa traditionis zu nennen braucht; er darf vielmehr abwarten, ob der Gegner einredeweise die Behauptung aufstellen werde, daß das Konnossement ihm, dem Vindikanten, auf Grund eines Kaufes übergeben sei, und er den Kaufpreis weder bezahlt habe, noch ihm derselbe kreditirt worden sei. Die Richtigkeit dieser Würdigung der Bedeutung des Konnossementsbesitzes für die Substantiirung des auf die Waare bezüglichen Eigenthumsanspruches, für welche sich eine unmittelbare gesetzliche Bestimmung allerdings nicht anführen läßt, wird bestätigt durch die ganz analoge Behandlung, welche Art. 74 der W.-O., beziehentlich Art. 305 Abs. 1 H.-G.-B., den die Ordrepapiere selbst betreffenden Eigenthumsansprüchen zu Theil werden lassen, indem nach ihnen **der äußerlich legitimirte Besitzer nicht** etwa **seinerseits noch einen Titel anzugeben,** beziehentlich zu beweisen braucht, **sondern es dem Vindikanten überlassen** bleibt, **angriffsweise das**

Fehlen eines ausreichenden Titels, als mögliche Grundlage für den bösen Glauben oder die grobe Fahrlässigkeit des Besitzers, geltend zu machen. (Zu bemerken ist hier noch, daß durch die Berufung des Inhabers auf den Besitz des ihn legitimirenden Ordrekonnossements unter Berücksichtigung des Art. 306 Abs. 1 nicht etwa nur eine Publiciana in rem actio, sondern eine rei vindicatio als substanziirt sich darstellt, wenn derjenige, der das Ordrekonnossement veräußert hat, Kaufmann ist, und daher auch die Veräußerung und Uebergabe nach Art. 274 Abs. 1 als im Betriebe seines Handelsgewerbes geschehen gelten muß. R. IV. (43.) 147—149.

Art. 306.

Art. 306. **Den Bestimmungen der Art. 306. 307 H.-G.-B. liegt ein für deren ganzes Geltungsgebiet einheitlicher Begriff des redlichen Erwerbes zu Grunde.** Siehe hierüber bei Art. 308 ad R. VI. (23.) 87—89.

Art. 306 H.-G.-B. hat den Begriff des redlichen Erwerbes nicht definirt. Nach den Protokollen zum Handelsgesetzbuche wollte man die Frage, ob der redliche Erwerb durch grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen würde, deßhalb nicht entscheiden, weil sie von allgemeiner civilrechtlicher Bedeutung sei. Man darf deßhalb auch nicht annehmen, daß die Frage damit entschieden sei, daß im letzten Satze des ersten Absatzes Art. 306 die Erlöschung des früher begründeten Pfandrechtes oder sonstigen dinglichen Rechtes auf den Fall beschränkt ist, daß dasselbe dem Erwerber bei der Veräußerung unbekannt war. Civilrechtlich gilt aber der **nicht als redlicher Erwerber,** welchem hätte bekannt sein müssen, daß er mit der Aneignung objektiv ein Unrecht begeht, **wenn seine Unbekanntschaft mit dem seinem Erwerbe entgegenstehenden Hinderniß auf grobes Verschulden, auf einen nicht entschuldbaren Irrthum zurückzuführen ist.** Dies entspricht zunächst für das gemeine Recht und bezüglich des Erwerbes durch ordentliche wie außerordentliche Ersitzung der herrschenden Lehre — Vangerow, Pandekten Bd. 1, §. 325; Windscheid, Pandekten Bd. 1, §. 183; Bruns, Wesen der bona fides S. 14 fg. 87 fg.; Urtheil der Juristenfakultät Rostock im Archiv für civilistische Praxis Bd. 57, S. 277 fg. Denselben Grundsatz hat das bürgerliche Gesetzbuch für Sachsen in §. 267 für die Ersitzung aufgestellt. Noch weiter gehen die Bestimmungen des Preuß. Allg. Landrechts. In I. 7, §. 11 wird zwar als unredlicher Besitzer definirt derjenige, welcher weiß, daß er aus keinem gültigen Titel besitzt. Sodann wird aber hinzugefügt (§. 13): „Ein bloßer Irrthum in Thatsachen schadet der Redlichkeit des Besitzes nicht, sobald nur der Irrende nicht durch grobes oder mäßiges Versehen in einen solchen Irrthum gerathen ist"; (§. 15): „Wer schon zur Zeit der Erwerbung des Besitzes bei der Anwendung eines gewöhnlichen Grades von Aufmerksamkeit Ursache hatte, an der Gültigkeit seines Besitztitels zu zweifeln, und sich dennoch ohne weitere Untersuchung den Besitz zueignet, der wird bei einer in der Folge sich offenbarenden Unrechtmäßigkeit desselben einem unredlichen Besitzer gleichgeachtet." Aus dem Gesetzbuche ergiebt sich nicht, daß diese Bestimmungen in Bezug auf die Zulässigkeit der Vindikation abhanden gekommener Inhaberpapiere nicht hätte angewendet werden sollen. Nach A. L.-R. I. 15, §. 47 können Inhaberpapiere, welche nicht außer Kurs gesetzt worden, von dem redlichen Besitzer aus lästigem Titel nicht zurückgefordert werden.

Das Gesetz ordnet hiebei nicht an, daß unter dem redlichen Besitzer eines Inhaberpapieres etwas anderes zu verstehen sei, als unter dem redlichen Besitzer anderer Sachen. Allerdings wird in den §§. 52 und 53 bestimmt, die öffentliche Bekanntmachung der Entwendung oder des Verlustes eines Inhaberpapieres sei noch nicht hinreichend, denjenigen, welcher dasselbe vorher oder nachher an sich bringt, als einen unredlichen Besitzer darzustellen, vielmehr soll die öffentliche Bekanntmachung diese Wirkung nur dann haben, wenn der Besitzer zur Zeit des Erwerbes davon Wissenschaft gehabt hat. Daraus ergiebt sich aber nur, daß das Allgemeine Landrecht dem Publikum nicht allgemein die Verpflichtung auferlegt, sich nach öffentlichen Bekanntmachungen, durch welche der Verlust von Inhaberpapieren zur Kenntniß gebracht wird, zu erkundigen. Es folgt aus jener Bestimmung aber nicht, daß wenn nach anderen Richtungen eine Erkundigungspflicht anzunehmen ist, derjenige, welcher erwirbt, ohne diese Pflicht zu erfüllen, zwar bei dem Erwerbe anderer Gegenstände als unredlicher Besitzer, bei dem Erwerbe von Inhaberpapieren aber als redlicher Besitzer zu gelten habe. Hat nun das moderne Recht, insonderheit das Handelsgesetzbuch, dem redlichen Erwerbe von Inhaberpapieren die Wirkung zugesprochen, daß nicht blos die Vindikation ausgeschlossen, sondern Eigenthum und zwar sofort, ohne Hinzutritt eines Zeitablaufes, erworben wird, auch wenn der Veräußernde nicht berechtigt war, Eigenthum zu übertragen, und selbst wenn die Papiere gestohlen waren, so darf angenommen werden, daß dieser Erwerb bezüglich des Erfordernisses der Redlichkeit auf keine wesentlich andere Grundlage gestellt worden ist, als wie dieselbe in den weiten Rechtsgebieten des gemeinen Rechtes bezüglich des Erwerbes durch Ersitzung, und in dem preußischen Allgemeinen Landrecht allgemein verstanden worden ist. Es läßt sich nicht annehmen, daß der Erwerb von Inhaberpapieren noch weiter habe privilegirt werden sollen, als sich aus den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches in Zusammenhalt mit jenen civilrechtlichen Grundsätzen ergiebt. Aus der besonderen Natur der zum Kursiren bestimmten Inhaberpapiere läßt sich wohl folgern, daß derjenige, welchem Inhaberpapiere zum Erwerbe angeboten werden, nicht verpflichtet sein soll, in demselben Maße wie bei anderen Sachen, welche der Eigenthümer dem dritten Besitzer unbeschränkt oder doch in weiterem Umfange abfordern darf, die Legitimation des Veräußerers zu prüfen, wenn die Umstände zu solcher Prüfung keinen Anlaß bieten. Wird aber durch die Umstände Grund zu einer Prüfung geboten, so muß gerade die Gefahr, welche dem Eigenthümer aus der leichten Uebertragbarkeit jener Papiere erwächst, dem redlichen Manne die Verpflichtung auferlegen, sich dieser Prüfung nicht zu entziehen. Durch Art. 305 H.-G.-B. wird die Bestimmung des Art. 74 W.-O. auf alle Papiere ausgedehnt, welche an Ordre lauten und welche durch Indossament übertragen werden können. Hiernach kann derjenige, welcher ein solches Papier durch ordnungsmäßiges Indossament erworben hat, zur Herausgabe desselben angehalten werden, wenn er dasselbe in bösem Glauben erworben hat, oder wenn ihm bei der Erwerbung des Papieres eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Im Zusammenhalt mit jenen civilrechtlichen Bestimmungen entspricht es dem Geiste des Handelsgesetzbuches, das in Art. 305 bezüglich der indossabelen Ordrepapiere ausgesprochene Prinzip auf die Bestimmungen der Art. 306 und 307 anzuwenden, sodaß als redlicher Erwerber nicht blos derjenige nicht zu gelten hat, welcher die Unrechtmäßig-

keit seines Erwerbes kannte, sondern auch derjenige, bei welchem die Unbekanntschaft mit den seinem Erwerbe entgegenstehenden rechtlichen Hindernissen auf eine grobe Verschuldung, auf einen unentschuldbaren Irrthum zurückzuführen ist. Unterstützt wird diese Annahme durch folgende Erwägung. Wie sehr es dem modernen Bewußtsein entspricht, daß bei Erwerbungen nicht allein das als entscheidend angesehen wird, was der Erwerbende thatsächlich wirklich geglaubt hat, sondern was er zu glauben als redlicher Mann befugt war, was er hätte glauben müssen, ergiebt sich auch aus dem Gange der Strafgesetzgebung. Nach dem Vorgange des bremischen Entwurfes und in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen des hamburgischen Strafgesetzbuches von 1869, des sächsischen revidirten Strafgesetzbuches von 1868 hat das Deutsche Strafgesetzbuch in §. 259 die Bestimmung getroffen: „Wer seines Vortheiles wegen Sachen, von denen er weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind, . . . ankauft . . . . . oder sonst an sich bringt, wird als Hehler mit Gefängniß bestraft." Damit ist auch die grobe Fahrlässigkeit desjenigen Käufers ꝛc. unter Strafe gestellt, welcher zwar den strafbaren Erfolg seines Handelns nicht gewollt, aber sich der Erwägung der ihm bekannten Umstände, nach welcher sich ihm die Ueberzeugung von der Rechtswidrigkeit seiner Handlungen hätte aufdringen müssen, schuldhaft entzogen hat: eine culpa lata nach dieser Richtung, welche dem Dolus gleichgestellt ist. (Vgl. Entsch. des R.-G.'s in Straff. Bd. 2, Nr. 57, S. 140 fg.) Als redlich kann eine Erwerbshandlung nicht gelten, welche gerade nach der Richtung, in Bezug auf welche die Redlichkeit in Frage steht, ein strafbares Vergehen, unter Umständen ein Verbrechen — §. 260 — darstellt. Wollte man aber die grobe Fahrlässigkeit bei der civilrechtlichen Beurtheilung der Redlichkeit des Erwerbes gänzlich ausscheiden, jeden Erwerb als rechtlichen gelten lassen, bei welchem der Erwerber sich nur nicht effektiv der Unrechtmäßigkeit der Erwerbung bewußt geworden ist, so würde man zu dem Resultate kommen, daß eine Erwerbshandlung, welche der Strafrichter aus dem vorbezeichneten Grunde als ein Vergehen oder Verbrechen zu qualificiren hat, von dem Civilrichter als eine vollwirksame Handlung eines redlichen Mannes anerkannt werden müßte. Ein so grober Widerspruch in der Gesetzgebung desselben Rechtsgebietes würde sich ohne zwingende Gründe nicht annehmen lassen. R. VI. (4.) 17—24.

Abs. 4. Pfandrecht an Sachen, welche dem Faustpfandgläubiger ohne dessen Wissen und Willen entzogen worden sind, ist nicht erloschen; es findet die Rückforderung gegen den dritten Besitzer statt. Art. 306 wendet für die von einem Kaufmanne in dessen Handelsbetriebe veräußerten und übergebenen beweglichen Sachen das Prinzip an, welches Art. 2279 Code civil allgemein aufstellt, und hier wie dort ist eine Ausnahme gemacht für die Sachen, die gestohlen oder verloren worden sind. Die Prinzipien des Art. 2279 hatten unter dem Einflusse des die germanischen Rechtsideen bewahrenden droit coutumier auch schon im älteren französ. Rechte Geltung und zwar im wesentlichen in dem Sinne, daß man unterschied, ob der Besitz freiwillig aufgegeben oder wider den Willen des Besitzers verloren war, indem man, falls letzteres erwiesen werden konnte, die Vindikation zuließ, andernfalls versagte. Pothier, coutume d'Orléans t. XVI. p. 193. Auch bei der Auslegung des Art. 2279 Code civ., namentlich der Ausdrücke „gestohlen (volé)" und „verloren (perdu)", legte man im wesent-

lichen diese Anschauung zu Grunde. Vgl. Aubry et Rau t. II, §. 183 und die allerdings in ihren Folgerungen zu weit gehende Ansicht von Troplong, prescr. Nr. 1069. Was nun die Bestimmungen des Art. 306 anbelangt, so wurde sie erst bei dritter Lesung ins Handelsgesetzbuch eingefügt, und fanden namentlich über den Sinn der betreffs gestohlener und verlorener Sachen gemachten Ausnahme eingehende Erörterungen nicht statt, jedoch erscheint zweifellos, daß man, ebenso wie in Frankreich, im wesentlichen dem deutschrechtlichen Grundsatze Geltung verschaffen wollte, gemäß dessen Sachen, die jemand freiwillig aus der Hand gegeben hat, nicht gegen dritte redliche Erwerber vindizirt werden können. Auf diesen Sinn des Gesetzes deuten zunächst ganz entschieden folgende Worte hin, mit denen der Vorschlag, eine Ausnahme für gestohlene und verlorene (gefundene) Sachen zu machen, von demjenigen Mitgliede der Nürnberger Kommission, welches ihn vorbrachte, empfohlen wurde: „Durch dieses Amendement wird der Grundsatz zur Anwendung gebracht, daß bei einem Mißbrauch des Vertrauens derjenige, welcher sein bewegliches Gut einem anderen anvertraut hat, dem redlichen Erwerber nachsteht. In dieser Beschränkung genügt der Satz den wirklichen Bedürfnissen des rechtlichen Verkehrs — er greift dann möglichst wenig in die Landesrechte ein 2c.“ Läßt sich annehmen, in dieser Aeußerung, welche keinen Widerspruch erfahren hat, gebe sich der eigentliche Wille des Gesetzgebers kund, so ist klar, daß an dem bloßen Wortlaute seiner bezüglichen Bestimmung nicht festgehalten werden darf, also eine Auslegung unstatthaft erscheint, zufolge deren von den vielen Fällen, wo Jemand wider seinen Willen den Besitz einer Sache verlieren kann, nur zwei einzelne — „Diebstahl“ oder „Verlieren“, beide Worte in der engeren Bedeutung genommen — getroffen würden, alle übrigen aber ausgeschlossen blieben. Zu dem nämlichen Ergebnisse gelangt man aber auch, wenn man, absehend von besagter Aeußerung, sowie von der historischen Grundlage, auf welcher die Bestimmungen des Art. 306 beruhen, nur diese selbst ins Auge faßt. Es kann unmöglich Wille des Gesetzes sein, daß derjenige, welcher aus Unachtsamkeit eine Sache verloren hat, günstiger gestellt sein solle, als derjenige, dem sie ganz ohne seine Schuld und gegen seinen Willen von Jemandem weggenommen worden ist. Ferner erscheint unerfindlich, welche Gründe den Gesetzgeber hätten bestimmen können, nur für den nächstliegenden Fall der diebischen Wegnahme und den entferntest liegenden Fall des Verlierens aus Unachtsamkeit Vorsorge zu treffen, alles aber, was dazwischen liegt, unberücksichtigt zu lassen. Diese Erwägungen berechtigen zum Schlusse, daß im Sinne des Gesetzes fragliche Bestimmung mindestens **alle diejenigen Fälle** umfassen soll, **in denen Jemand wider seinen Willen und ohne sein Zuthun den Gewahrsam einer Sache verloren hat.** Allerdings ist nicht zu verkennen, daß, diesen Sinn vorausgesetzt, die Ausdrucksweise des Gesetzes, vielleicht beeinflußt durch Art. 2279 Code civ., eine nicht ganz korrekte ist, jedoch erscheint sie doch immerhin der Art, daß sich besagter Sinn ohne besonderen Zwang darin finden läßt, sei es, indem man die gebrauchten Ausdrücke, insbesondere den Ausdruck „verloren“ im weiteren, jeden unfreiwilligen Verlust umfassenden Sinne nimmt, sei es, indem man mit Goldschmidt (Handelsrecht Bd. II, §. 80) davon ausgeht, das Gesetz habe nur die zwei wichtigsten und zugleich am weitesten auseinanderliegenden Fälle hervorheben wollen, es als selbstverständlich erachtend, daß auch die inmitten liegenden Fälle getroffen seien.

Eine derartige ausdehnende Auslegung erscheint um so mehr statthaft, als fragliche Schlußbestimmung des Art. 306 nicht etwa, wie in Art. 2279 Code civ., eine Ausnahme von einer allgemeinen Regel begründet, vielmehr nur eine Ausnahme, welche die vorausgehenden Bestimmungen von einer allgemeinen Regel machen, beschränkt, d. h. den Umfang bestimmt, in welchem dieselbe einzutreten habe. R. I. (93.) 255—257. Siehe noch R. I. (148.) 418 und RA. III. (294.) 624.

Es ist ohne Erheblichkeit, **wenn es der Eigenthümer selbst ist, welcher dem Faustpfandgläubiger die Sache wegnahm, beziehungsweise wegnehmen ließ;** es genügt, wenn die Wegnahme wider Willen des Besitzers erfolgt ist. R. I. (93.) 257. 258.

Derjenige, dem das gesetzliche Pfandrecht des Art. 306 zusteht, ist nach den **Prinzipien des bayerischen Landrechtes** (Th. II, Kap. VI. §. 19 und 22) befugt, dasselbe jedem dritten Besitzer gegenüber geltend zu machen, d. h. Rückerstattung des Besitzes oder Ersatz seines Interesses zu verlangen. R. I. (93.) 258.

Art. 307.

Art. 307. Ueber **„redlichen Erwerb"** siehe Art. 306 ad R. VI. (4.) 17—24.

Außerkurssetzung von Inhaberpapieren. Hier zunächst darüber, **nach welchem Rechte die Frage, ob Inhaberpapiere gültig außer Kurs gesetzt seien, zu beurtheilen ist.** Ohne Zweifel ist dem Emittenten gegenüber die Frage, ob eine gültige Außerkurssetzung stattgefunden habe, nur nach dem Rechte des Ortes der Emission zu beurtheilen; es sprechen jedoch auch gewichtige Gründe dafür, ganz allgemein, also auch bezüglich des Rechtserwerbes von Seiten Dritter, als Grundsatz anzuerkennen, daß betreffs der Zulässigkeit und Form der Außerkurssetzung von Inhaberpapieren nur das Recht des Emissionsortes maßgebend sei. Inhaberpapiere leiten ihre Eigenschaft als solche aus dem Willen des Emittenten, bezw. aus dem örtlichen Rechte, welches diesem Willen rechtliche Wirksamkeit verleiht, her, und es liegt daher die Folgerung nahe, daß das nämliche örtliche Recht auch für die Voraussetzungen maßgebend sei, unter denen diese Eigenschaft fortdauert und wieder verloren geht. Hierzu tritt die weitere Erwägung, daß Inhaberpapiere zwar, so lange sie als solche im Umlaufe sind, die Natur gewöhnlicher Mobilien haben, daß jedoch die Rechte, welche sie repräsentiren, örtlich fixirt und von vorn herein bestimmt sind, am betreffenden Orte geltend gemacht zu werden, mit Rücksicht hierauf aber es nicht prinzipwidrig erscheinen kann, für die Frage, ob sie noch Inhaberpapiere oder dieser Eigenschaft entkleidet seien, das Recht dieses Ortes fortwirken zu lassen. Jedenfalls scheint es mit Natur und Zweck der Inhaberpapiere, sowie mit den Bedürfnissen des Verkehres nicht verträglich, daß der Ort, wo zufällig der Privatvermerk wegen Außerkurssetzung beigefügt wurde (welcher Ort nicht einmal bezeichnet zu werden braucht oder willkürlich bezeichnet sein kann), darüber entscheiden soll, ob dem Papiere die Eigenschaft eines Inhaberpapieres zukomme oder nicht. Andererseits erscheint es aber auch nicht unbedenklich hinsichtlich des Rechtserwerbes Dritter an dem Papiere, den Ort für maßgebend zu erachten, wo das Papier sich zuletzt befindet und darüber verfügt wird; denn es würde dies zur Folge haben, daß das nämliche Papier in dem einen Rechtsgebiete als Inhaberpapier zu gelten hätte, in dem anderen nicht, und daß die durch eine gültige Außerkurssetzung ver-

lorene Eigenschaft mit der Verbringung des Papieres in ein anderes Rechtsgebiet wieder aufleben würde. — Darüber, **ob die Außerkurssetzung durch Privatvermerk geschehen kann**, und über **Wirkung der Außerkurssetzung bezüglich des Inhaberpapieres selbst, sowie der dazu gehörigen Talons und Dividenden- bezw. Zinsscheine**, folgendes: Nach dem preußischen Landrechte (I. 15, §. 48) ist die Außerkurssetzung von Inhaberpapieren durch Privatvermerk gestattet, und das spätere Gesetz vom 16. Juni 1835 ändert diese landrechtliche Bestimmung nur insoweit, als es sich um die Wirkungen dem Emittenten gegenüber handelt, erhält sie jedoch betreffs der Wirkung gegen andere Besitzer ausdrücklich in Kraft. Nach der in der Doktrin überwiegend vertretenen Ansicht (Stobbe, Privatr. Bd. 3, S. 214, Kuntze, Inhaberpapiere, S. 565 fg.; Renaud, Zeitschr. für deutsches Recht Bd. 14, S. 362 fg. Holzendorff, Encykl. unter „Inhaberpapiere") kann auch im Gebiete des gemeinen Rechtes die Außerkurssetzung von Inhaberpapieren wenigstens was die Wirkungen gegen Dritte betrifft, durch bloßen Privatvermerk erfolgen. Sind aber als Inhaberpapiere geltende Aktien gültig außer Kurs gesetzt, so ist die Folge nicht die, daß sie nunmehr nur den Werth von Beweisdokumenten haben, vielmehr blieben sie immerhin die Träger der Aktienrechte, jedoch ist zweifellos, daß ohne Zustimmung desjenigen, zu dessen Gunsten die Außerkurssetzung stattfand, eine Veräußerung oder Verpfändung der Aktien rechtswirksam nicht erfolgen kann, denn dies zu bewirken, ist ja gerade der Zweck der Außerkurssetzung. Eine weitere Folge der Außerkurssetzung ist, daß die Ausnahmebestimmungen der Art. 306 und 307 H.-G.-B. über Vindikation von beweglichen Sachen, insbesondere Inhaberpapieren, keine Anwendung finden. Der Talon eines Inhaberpapieres ist blos bestimmt, die Legitimation des Besitzers zum Bezuge neuer Dividenden- oder Zinsscheine zu erleichtern und die Vorlage des Papieres selbst zu diesem Zwecke unnöthig zu machen. Er soll keineswegs für sich selbst ein Inhaberpapier sein, kommt vielmehr nur als Zubehör des betreffenden Inhaberpapieres in Betracht und wird daher von der Außerkurssetzung desselben nothwendig mit betroffen. Dividendenscheine und Zinsscheine, welche Inhaberpapieren beigegeben und selbst auf den Inhaber gestellt sind, bilden selbständige Inhaberpapiere, welche als solche und getrennt vom Hauptpapiere in Verkehr treten. Sie sind fähig, selbständig außer Kurs gesetzt zu werden, was manche Gesetze (z. B. das weimarische Gesetz vom 19. April 1833) ausdrücklich gestatten, andere Gesetze (z. B. das kurhess. Ges. v. 18. Dec. 1823 ausdrücklich verbieten, und die Außerkurssetzung des Hauptpapieres wirkt nicht nothwendig auf sie zurück. R. IV. (41.) 138—142.

In blanco cedirte Hypothekenscheine sind nicht als Inhaberpapiere anzusehen. Von manchen Rechtslehrern, vgl. Thöl, Handelsrecht 6. Aufl. Bd. 2, §. 213, Wechselrecht 4. Aufl. §. 127; Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. 2, S. 343, Nr. 33, wird behauptet, daß auf den Namen des Gläubigers ausgestellte Schuldurkunden sich in Inhaberpapiere verwandeln, wenn sie statthafter Weise in blanco indossirt oder cedirt werden, allein diese Ansicht kann weder im allgemeinen, noch insbesondere in Beziehung auf mecklenburgische Hypothekenscheine für richtig erachtet werden. Die Frage, ob jedem Inhaber Zahlung zu leisten sei, kann nur nach dem Inhalte der verpflichtenden Willenserklärung des Schuldners beantwortet werden. Aus der Befugniß des Gläubigers, sein Forderungs-

recht ohne Zustimmung des Schuldners auf einen anderen zu übertragen, folgt nicht seine Befugniß, die Verpflichtung des Schuldners zu verändern. Es kann daher dem Gläubiger auch nicht die Befugniß zugestanden werden, eine von dem Schuldner nicht auf den Inhaber gestellte Schuldurkunde in ein Inhaberpapier zu verwandeln. Indossirt oder cedirt er in blanco, so ist der Inhaber nicht durch den Besitz allein, sondern durch den Besitz in Verbindung mit dem Indossament oder der Cession, mithin nicht als Inhaber, sondern als Indossatar oder Cessionar zum Zahlungsempfange berechtigt. Die Namenspapiere gehören daher auch als Blancopapiere einer anderen Gattung von Werthpapieren an, als die Inhaberpapiere, und die für letztere erlassenen Gesetze, z. B. in Betreff der staatlichen Genehmigung der Emission, der Amortisation oder Vindikation, dürfen auf erstere nicht angewendet werden. (Vgl. Kuntze, Inhaberpapiere S. 446 fg.; Goldschmidt, Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 9, S. 64; Anschütz und Völderdorff, Commentar Bd. 3, S. 144. 165; Grünhut, die Wechselbegebung nach Verfall S. 96 fg. und in desselben Zeitschrift Bd. 4, S. 495; Laband in Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 17, S. 342; Erkenntniß des Oberappellationsgerichts Lübeck in Thöl, ausgew. Entscheidungsgründe S. 32; Erkenntniß des Obertribunals Stuttgart in Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 9, S. 139.) Was insbesondere mecklenburgische Hypothekenscheine betrifft, so verwandeln sich dieselben durch Beifügung eines Blancocessionsvermerkes umsoweniger in Inhaberpapiere, als einem solchen Vermerk, wie von den mecklenburgischen Gerichten, vgl. Entsch. des Oberappellationsgerichts Rostock Bd. 4, S. 107. 183, Bd. 8, S. 135, und von dem vormaligen Reichsoberhandelsgericht, vgl. Entsch. Bd. 19 Nr. 111, S. 387, anerkannt ist, nicht die Bedeutung einer Cession an jeden Inhaber, sondern einer Cession an denjenigen, welcher mit Ermächtigung des Cedenten in die Cessionsurkunde als Cessionar eingetragen wird, beizulegen ist. R. IV. (51.) 175—180.

Die Kontroverse des §. 155 I. 11 Preuß. L.-R. muß aus den dem Erk. des R.-O.-H.-G.'s vom 8. Oktober 1874 (Entsch. Bd. 14, S. 226 ff.) beigegebenen Gründen (vgl. auch Urtheil des Ob.-Trib.'s vom 30. Mai 1872, Striethorst, Arch. Bd. 85, S. 181) dahin beantwortet werden, daß, **wenn Arglist oder grobes Versehen auf Seite des Verkäufers beim Abschlusse des Vertrages vorgelegen hat,** das volle Interesse zu vergüten ist. R. II. (56.) 205.

Art. 308.

Art. 308. Die Bestimmungen der Art. 306, Abs. 4 und 308 sind **nicht anwendbar, wenn** diejenigen **Waaren,** deren Herausgabe verlangt wird, nicht gekauft, vielmehr **nur aus Irrthum überliefert** worden sind (Art. 2279 Code civil). R. I. (148.) 418.

Die Bestimmungen der §§. 52. 53 A. L.-R. I. 15 sind durch das Handelsgesetzbuch nicht beseitigt. Allerdings ist anzunehmen, daß dem Handelsgesetzbuche in den Art. 306. 307 für das ganze Gebiet seiner Geltung ein einheitlicher Begriff des „redlichen Erwerbes" zu Grunde liegt dergestalt, daß eine dem Erwerber zu Last fallende grobe Fahrlässigkeit, ein unentschuldbarer Irrthum über die Rechtmäßigkeit des Erwerbes die Redlichkeit ausschließt. Ist dies auch nicht unmittelbar in den angezogenen Artikeln ausgesprochen, so ergiebt es sich doch aus Art. 305 unter Heranziehung der entsprechenden Bestimmungen der deutschen Wechselordnung, der Strafgesetzgebung und der geschichtlichen Entwickelung des Be-

griffes des redlichen Besitzers im gemeinen Rechte und in den deutschen Partikularrechten in der Zeit vor Abfassung des Handelsgesetzbuchs. Nun lauten die angezogenen Bestimmungen des A. L.-R.'s: §. 52. Die öffentliche Bekanntmachung der Entwendung oder des Verlustes eines solchen Instrumentes (d. h. eines auf jeden Inhaber lautenden Papieres) ist noch nicht hinreichend, denjenigen, welcher dasselbe vorher oder nachher an sich bringt, als einen unredlichen Besitzer darzustellen. §. 53. Nur alsdann ist der öffentlichen Bekanntmachung diese Wirkung beizulegen, wenn der Eigenthümer den Besitzer überführen kann, daß dieser davon zur Zeit des Erwerbes wirklich Wissenschaft gehabt hat. Dieser Wortlaut könnte zu der Annahme führen, als habe der Gesetzgeber aus Gründen, welche die Feststellung des gesetzlichen Begriffes vom redlichen Erwerber oder redlichen Besitzer betreffen, eine Specialbestimmung darüber für nothwendig gehalten, welchen Einfluß die öffentliche Bekanntmachung des Verlustes von Inhaberpapieren auf die Redlichkeit eines späteren Erwerbes habe. Hätten die angezogenen Paragraphen diese Bedeutung, so wäre die fortdauernde Gültigkeit ihrer Bestimmungen für das Gebiet des Preuß. Allg. Landrechtes damit nicht vereinbar, daß dem Handelsgesetzbuch eine einheitliche Begriffsbestimmung des redlichen Erwerbers für das Gebiet des deutschen Reiches zu Grunde liegt. Allein es ist nicht anzunehmen, daß es der Gesetzgeber für geboten erachtet hätte, einen Zweifel zu beseitigen, welcher sich für die Anwendung des Begriffes vom redlichen Erwerber, wie er sonst im Gesetzbuche aufgestellt ist, — vgl. A. L.-R. I. 7, §§. 11 fg. — in dem vorliegenden Falle etwa ergeben könnte. Es würde namentlich nicht zu ersehen sein, weßhalb solche Zweifel nur bezüglich des Erwerbes von Inhaberpapieren zu beseitigen wären, da der Zweifel nicht durch den besonderen Gegenstand des Erwerbes, sondern allein durch das Verhältniß des Erwerbers zu den öffentlichen Bekanntmachungen veranlaßt sein könnte. Vielmehr hat es offenbar dem Gesetzgeber nicht angemessen geschienen, daß der sichere Erwerb von Inhaberpapieren, welche zum Kursiren bestimmt sind, durch die Sorge um früher etwa ergangene öffentliche Bekanntmachungen von Verlusten oder Entwendungen der angebotenen Papiere erschwert würde. Er hat deßhalb im Titel 15, welcher die Bestimmungen über die Verfolgung des Eigenthums enthält, und in Verfolg der §§. 45. 46. 47 desselben Titels, welche über die Vindikation von Inhaberpapieren verfügen, an der angezogenen Stelle der Sache nach angeordnet, daß der Umstand, daß der Verlust oder die Entwendung von Inhaberpapieren öffentlich bekannt gemacht ist, nicht genügt, um die Vindikation des früheren Eigenthümers gegen den späteren Erwerber zu begründen. Gelangt man zu dem Resultate, daß eine solche öffentliche Bekanntmachung wohl ausreichen kann, um eine grobe Fahrlässigkeit desjenigen zu begründen, welcher von derselben keine Kenntniß genommen hat, und daß deßhalb nach Art. 306. 307 H.-G.-B. gegen denjenigen, welcher unter solchen Umständen Inhaberpapiere erworben hat, sehr wohl eine Vindikation begründet sein könnte, so enthalten A. L.-R. I. 15, §§. 52. 53 für einen solchen Besitzer günstigere Bestimmungen als die Art. 306. 307 H.-G.-B., sie sind also zufolge Art. 308 H.-G.-B. auch jetzt noch zur Anwendung zu bringen. R. VI. (23.) 87—89.

Wenn ein Bankier jede Kontrole darüber vermeidet, ob die ihm angebotenen Papiere rechtmäßiger Besitz seines Verkäufers oder ge-

stohlenes bezw. verlorenes Gut sind, so muß er sich selbst sagen, daß er nichts dazu thut, um die Gefahr zu vermeiden, daß er sich durch seinen Ankauf fremdes Eigenthum, über welches der Verkäufer zu verfügen nicht berechtigt ist, aneignet. Eine solche Handhabung eines dem Umlaufe von Inhaberpapieren dienenden Bankiergeschäftes bekundet aber eine so grobe Nichtachtung fremden Eigenthums, daß darin ohne Rechtsirrthum eine der Arglist gleichstehende grobe Nachlässigkeit gefunden, und demgemäß der Bankier als **unredlicher Erwerber** charakterisirt werden kann. R. VI. (23.) 88. 90. (Anm.) [R. VI. (4.) 17].

Art. 309.

Art. 309. Der Art. 309 **erfordert zur gültigen Faustpfandbestellung die Besitzübertragung auf den Gläubiger nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, und bedarf es nach preußischem Rechte** zur wirksamen Pfandbesitzübertragung an verbrieften Forderungen auf einen benannten Gläubiger **eines schriftlichen Verpfändungsaktes.** R. I. (67.) 187. [Siehe Allg. L.-R. I. 11, §. 394. I. 20, §§. 512. 515. 516, vgl. auch III. (33.) 160. VI. (39.) 198, IX. (75.) 242.]

Die Bestellung eines zweiten Faustpfandes an der nämlichen Sache kann in allen Fällen geschehen, wo ein gemeinsamer Besitz verschiedener Personen denkbar ist, also insbesondere dann, wenn der erste Faustpfandgläubiger, der die Sache im Besitze hat, dieselbe zugleich für Rechnung des zweiten Faustpfandgläubigers verwahrt. (Art. 2076 Code civil.) — **Wirkung des Vertrages über Bestellung des Faustpfandes vor der Besitzübertragung.** Der Faustpfandvertrag ist zwar ein Realvertrag, also Pfandbesitz nöthig, um ihm seine volle Wirkung zu geben (Art. 2071 Code civil), hieraus folgt jedoch nicht, es sei ein Pfandbestellungsvertrag ohne sofortige Besitzübertragung wirkungslos, es erzeugt vielmehr ein solcher Vertrag unter den Kontrahenten unzweifelhaft Rechtswirkungen und giebt insbesondere dem Pfandgläubiger das Recht, die Auslieferung des Pfandes zu verlangen. R. I. (74.) 203. 204.

Art. 313.

Art. 313. **Gründe, aus denen das Retentionsrecht gegenüber der rei vindicatio anzuerkennen ist.** Ein Retentionsrecht der rei vindicatio gegenüber giebt es gemeinrechtlich nur wegen Verwendungen, die der Besitzer auf die Sache gemacht, oder wegen Verbindlichkeiten, die er ihretwegen Dritten gegenüber auf sich genommen hat, nicht aber wegen irgend einer beliebigen Ordnung gegen den Vindikanten, möchte diese auch aus einem früheren Verkaufe der vindicirten Sache herrühren. Außerdem giebt es auch zwischen Kaufleuten noch das Zurückbehaltungsrecht des Art. 113 wegen aller fälligen Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften. R. IV. (43.) 145—147.

Ein erweislicher Rechtsgrund zur Retention vorausgesetzt, **macht** es in Ansehung der Verbindlichkeit des Gegners, die auf Erhaltung oder Aufbewahrung des Retentionsobjektes aufgewendeten nothwendigen oder nützlichen Kosten zu ersetzen, **keinen Unterschied, ob der Retinent die Sache ausschließlich im Interesse des Gegners oder zugleich auch in seinem Interesse zurückbehalten hat.** R. I. (104.) 285.

Der ein Retentionsrecht an Werthpapieren beanspruchende Gläubiger hat zu beweisen, daß dieselben Eigenthum seines Schuldners sind. Nach Art. 313 H.-G.-B. besteht ein Retentionsrecht nur an Sachen und

Werthpapieren des Schuldners und setzt mithin das Eigenthum des Schuldners daran voraus. R. III. (44.) 153. 154. [VI. (69.) 310. XV. (118.) 421. XVII. (36.) 157. XVIII. (5.) 21.]

Kaufmännisches Retentionsrecht bei einem **Anspruch auf Lagerkosten.** R. I. (104.) 285.

Dem Frachtführer gebührt an denjenigen Waaren, welche ihm der Verkäufer zum Transport und zur Ablieferung an den Käufer ausgehändigt hat, deren Eigenthum aber gemäß §. 128 Th. I. Tit. 11. A. L.-R. sofort durch diese Aushändigung auf den Käufer übergegangen ist, das Retentionsrecht aus Art. 313 nicht wegen ihm (dem Frachtführer) an den Verkäufer aus früheren beiderseitigen Handelsgeschäften zustehender und fälliger Forderungen. Gleichzeitig mit der Ueberlieferung der Waare an den Frachtführer und unmittelbar durch diese Ueberlieferung ist gemäß §. 128 l. c. die Waare aus dem Eigenthum des Verkäufers, des Schuldners des Frachtführers heraus- und in das Eigenthum des Käufers übergegangen. In die Zeit des Besitzes der Waare seitens des Frachtführers fällt sonach kein Augenblick der Zeit, während welcher sich die Waare noch im Eigenthum des Verkäufers (des Schuldners des Frachtführers) befand. Selbstredend aber setzt der auf Seiten eines Gläubigers durch den Besitz einer Sache des Schuldners gesetzlich bedingte Erwerb eines Rechtes an dieser Sache voraus, daß dieselbe während eines — wenn auch geringfügigen — Zeittheiles des Besitzes des Gläubigers noch dem Schuldner gehört habe. R. II. (1.) 2. 3. Siehe auch bei Art. 402 ad XI. (103.) 328. 329.

Art. 314.

Abs. 2. Nach Art. 313 H.-G.-B. hat ein Kaufmann wegen der **Art. 314.** fälligen Forderungen, welche ihm gegen einen anderen Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen, ein Zurückbehaltungsrecht an allen beweglichen Sachen und Werthpapieren des Schuldners, welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gekommen sind, sofern er dieselben noch in seinem Gewahrsam hat oder sonst, insbesondere vermittelst Konnossements, darüber zu verfügen noch in der Lage ist; er kann nach Art. 315 im Wege der Klage bei dem für ihn selbst zuständigen Gericht den Verkauf der zurückbehaltenen Gegenstände beantragen und sich aus dem Erlöse vor anderen Gläubigern befriedigen. Diese Befugniß steht ihm jedoch nach Art. 313 Abs. 2 nicht zu, wenn die Zurückbehaltung der Gegenstände der vom Schuldner vor oder bei der Uebergabe ertheilten Vorschrift oder der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit den Gegenständen zu verfahren, widerstreiten würde; ausnahmsweise steht ihm dieselbe jedoch nach Art. 314 trotzdem zu, wenn über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet worden ist oder der Schuldner auch nur seine Zahlungen eingestellt hat. Allein Art. 314 des Handelsgesetzbuches geht nicht so weit, dem Gläubiger die Zuwiderhandlung gegen die vom Schuldner bei der Uebergabe ertheilte Vorschrift oder die vom Gläubiger übernommene Verpflichtung schon dann zu gestalten, **wenn die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten, aber noch nicht eingetreten ist.** Eine Ausdehnung dieser Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus ist um so weniger zulässig, da dieselbe sich als eine

Ausnahme von allgemeinen Rechtsgrundsätzen darstellt. RG. III. (35.) 113—115.

Art. 315.

Art. 315. **Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist nicht von Amtswegen zu berücksichtigen.** Selbst wenn Jemand alle Thatsachen, aus denen sich ein kaufmännisches Retentionsrecht nach Art. 313 und 314 ergeben würde, anführt, so ist doch eine von Amtswegen vorgenommene Berücksichtigung dieses Rechtes selbst schon mit der Vorschrift des Art. 315, wonach der Gläubiger verpflichtet ist, von der Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes den Schuldner ohne Verzug zu benachrichtigen, unvereinbar. R. II. (21.) 74.

Kaufmännisches Retentionsrecht besteht auch bei einem **Anspruch auf Lagerkosten** und ist der Gläubiger hiezu der Konkursmasse gegenüber so lange befugt, als ihm solche für die ganze Dauer der Aufbewahrung nicht erstattet werden oder ihm für deren Zahlung Sicherheit geleistet wird. R. I. (104.) 285.

Art. 315 verleiht dem Zurückbehaltungsgläubiger des Art. 313 das Recht, mangels anderweitiger rechtzeitiger Sicherung den Verkauf der zurückbehaltenen Gegenstände wider den Schuldner im Wege der Klage zu beantragen und sich aus dem Erlös vor den anderen Gläubigern zu befriedigen, und dieses Recht besteht auch nach gedachter Bestimmung gegenüber der Konkursmasse des Schuldners. **Der Gläubiger, dem das Zurückbehaltungsrecht der Art. 313. 314 zusteht, ist im Falle des Konkurses des Schuldners** (nach bisherigem preußischen Konkursrecht auf Verlangen des Konkursverwalters) **zur Realisirung des Rechtes durch Verkauf der Gegenstände nicht verpflichtet.** Exemplifizirt man auf das Pfandrecht, so ist hervorzuheben, daß, während allerdings nach §. 221 A. L.-R. I. 20 der Pfandgläubiger auf Verlangen des Pfandschuldners bei Fälligkeit der Schuld auch die Pflicht zum Pfandverkauf der dem Schuldner eigenthümlich gehörigen Sache hat, nach gemeinem Recht der Pfandverkauf nur ein Recht und keine Pflicht des Pfandgläubigers ist. (Vgl. b. 6 pr. D. de pigner act. 13. 7. l. 15, §. 5. D. de re jud. 42. 1; l. 22, §. 1. D. de jure fisci 49. 14; Dernburg, Pfandrecht Bd. II. S. 145.) Das für das Geltungsgebiet des H.-G.-B.'s eingeführte kaufmännische Zurückbehaltungsrecht kann aber weder überhaupt einem territorialen Pfandrechte, sei es auch nur als ein gleichartiges Recht von geringerer Kraft, gleichgestellt, noch können die besonderen das Pfandrecht betreffenden Bestimmungen eines Partikularrechtes auf dasselbe angewendet werden. Mangels einer ausdrücklichen Bestimmung vermag der Konkurs über das Vermögen des Schuldners die Natur eines dem Gläubiger zustehenden Pfand-, Realisirungs- oder Deckungsrechtes nicht zu ändern. Nur insoweit die Konkursordnungen durch ausdrückliche Bestimmungen diese Rechte dem Einfluß des Konkurses dahin unterwerfen, daß die betreffenden Gläubiger an dem Konkurse durch Geltendmachung bloßer Absonderungsrechte theilnehmen müssen und dieser Konkursmasse den überschießenden Erlös einer Realisirung schulden, kann eine Veränderung des Inhaltes jener Rechte eintreten. (Die preuß. Konkurs-Ord. v. 8. Mai 1855 kennt das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht im Sinne des Art. 313 H.-G.-B. oder ein diesem analoges Recht nicht [vgl. §§. 32. 33.]). Es kann daher die Vorschrift des §. 264 Abs. 3 nicht ohne

weiteres auf dieses Recht angewendet werden, auch wenn man an sich der älteren partikularen Konkursordnung solche Einwirkung auf ein durch das spätere, zu umfassenderer Wirksamkeit bestimmte Gesetz behandeltes Rechtsinstitut beimessen wollte. Ebensowenig enthält das preußische Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch vom 24. Juni 1861 Bestimmungen, aus welchen solche Anwendung zu schließen wäre. Es handelt sich um keine das Prozeßrecht betreffende Bestimmung im Sinne des Art. 60, Nr. 3 dieses Gesetzes, denn die Pflicht zur Realisirung auf Verlangen des Verwalters verändert in Wahrheit den materiellen Inhalt des Rechtes, wie sich daraus ergiebt, daß die Realisirung zu verschiedenen Zeitpunkten, den einen als günstig, den andern als ungünstig vorausgesetzt, für den Gläubiger wesentlich verschiedene Ergebnisse haben kann. Die Erwägung, daß danach das Zurückbehaltungsrecht den Gläubiger nach bisherigem Recht günstiger stellen könne, als ein kaufmännisches Faustpfandrecht, vermag dieses Ergebniß nicht in Frage zu stellen. Zuvörderst kann in Frage kommen, ob überhaupt auch das kaufmännische Faustpfandrecht im Gegensatze zu dem territorialen Pfandrecht durch die Bestimmung des §. 264 Abs. 3 der preuß. Konk.-Ordn. betroffen worden sei [vgl. Entsch. des R.-O.-H.-G.'s Bd. XIII. S. 249.] Sodann aber erscheint jene Erwägung nicht von Belang, wenn der Gesetzgeber selbst klar gesprochen hat.) Hat der Zurückbehaltungsgläubiger dem Schuldner selbst gegenüber eine durch keine entsprechende Realisirungspflicht abgeschwächte Befugniß, die Realisirung zu dem von ihm zu wählenden Zeitpunkte herbeizuführen, so daß der Schuldner nur durch Einlösung oder anderweitige Sicherstellung eine Verwerthung der zurückbehaltenen Gegenstände herbeizuführen vermag, so ergiebt mangels eines anderweitigen modifizirenden Gesetzes der Schlußsatz des Art. 315: „der Gläubiger hat diese Rechte auch gegenüber der Konkursmasse des Schuldners", daß der Konkurs diese Rechte nicht ändert. R. II. (11.) 36. 37.

Der Art. 315 verweist zwar den Retentionsberechtigten, welcher die zurückbehaltene Waare verkaufen will, auf den Weg der Klage bei dem für ihn selbst zuständigen Gerichte; allein daraus folgt nicht, daß der Retinent seines Kompensationsanspruches verlustig gehe, wenn von ihm **die Waare** zum Zwecke der Geltendmachung desselben **nach den Vorschriften des Art. 348 zum Verkaufe gebracht** wird, vielmehr wird derselbe hierdurch dem Schuldner nur schadensersatzpflichtig. R. I. (104.) 285.

Dritter Abschnitt.

Abschließung der Handelsgeschäfte.

Art. 317.

In einem Rechtsgeschäfte, welches nach Abschluß eines Privatabkommens zwischen einem in Zahlungsverlegenheit befindlichen Schuldner überhaupt, namentlich aber eines Kaufmannes, mit seinen Gläubigern, daß er nur verpflichtet sein solle, einen Theil ihrer Forderungen zu bezahlen, und daß ihm die Gläubiger, in Erwägung seiner traurigen Lage, den Rest ihrer Forderungen erlassen sollten, zwischen diesem Schuldner und einem jener Gläubiger dahin kontrahirt wird, daß der Schuldner den in jenem Privatabkommen als erlassen bezeichneten Theil Art. 317

der Forderungen dieses Gläubigers in bestimmten Raten abzahlen wolle, liegt kein Schenkungsversprechen, welches im Geltungsgebiete des A. L.-R.'s zur Klagbarkeit der gerichtlichen Form bedürfe. Es liegt in einem solchen Rechtsgeschäfte vielmehr **ein Anerkenntnißvertrag,** ein Konstitut desjenigen Theiles der ursprünglichen Forderung, welcher nach dem früheren Privatabkommen allerdings nicht mehr als ein erzwingbares Recht geltend gemacht werden durfte, aber zu dessen Tilgung (mit Rücksicht auf die Voraussetzungen des früheren Abkommens) nach der Anschauung der guten Sitte überhaupt, namentlich aber bei einem Kaufmanne, eine moralische Verbindlichkeit, eine Ehrenpflicht bestand; so daß der Konstituent das Rechtsgeschäft des Konstituts nach dem der Bestimmung des §. 178 A. L.-R. I. 16 zu Grunde liegenden allgemeinen Prinzip nicht als eine nicht begründete Leistung kondiziren darf. Bezüglich eines solchen Konstitutes, wenn dasselbe von einem Kaufmann gegenüber einem Kaufmanne in Bezug auf eine ursprüngliche Forderung aus einem Handelsgeschäfte abgeschlossen ist, ist die Rechtsverbindlichkeit desselben (auch bei einem mehr als fünfzig Thaler werthen Gegenstande, dem Abschlusse in dem Geltungsgebiete des A. L.-R.'s und des H.-G.-B.'s, und der nur mündlichen Form der Erklärung) nach Art. 317 H.-G.-B. anzunehmen. (Vgl. Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 2 [2. Aufl.] §. 3, S. 7 und §. 63, S. 144; der abweichenden Ausführung in den Entsch. des R.-O.-H.-G.'s Bd. 16, Nr. 52, S. 184 ff. war nicht beizupflichten.) R. VI. (63.) 229. 230.

Vertragsabschluß unter Anwesenden.

Art. 318.

Art. 318. **Dadurch, daß ein Kontrahent das vertragswidrige Handeln des anderen Kontrahenten nicht alsbald,** nachdem er davon erfahren, **rügt** und seine daraus entstandenen Ansprüche wahrt, **liegt an sich kein Verzicht auf sein vertragsmäßiges Recht** und die Geltendmachung desselben. R. III. (20.) 65. 66.

Vertragsabschluß unter Abwesenden.

Art. 319.

Art. 319. **Begrenzung der Anwendbarkeit des Art. 319 Abs. 1.** Letzterer, wonach bei einem unter Abwesenden gestellten Antrage der Antragende bis zu dem Zeitpunkte gebunden bleibt, in welchem er bei ordnungsmäßiger rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf, **bezieht sich** sowohl nach seiner Fassung, als nach dem Zusammenhange mit den nachfolgenden Art. 320—322, **auf die Fälle, in welchen der Antragende eine Antwort, das heißt eine Annahmeerklärung erwartet.** In diesen Fällen entbindet stillschweigende Annahme, durch Beginn der Erfüllung, also bei Bestellung von Waaren Absendung der Waare, nicht von der Annahmeerklärung. Die Vorschrift **bezieht sich aber nicht auf die** im Geschäftsverkehr viel häufigeren **Fälle, in denen die Effektuirung der Bestellung die Annahme sein soll** und eine Erklärung nur dann erwartet wird, wenn der Bestellungsempfänger die

Effektuirung ablehnt. In solchen Fällen bringt die Effektuirung der Bestellung als stillschweigende Annahme den Vertrag sofort zur Perfektion. (Entsch. des R.=O.=H.=G.'s Bd. XIV. S. 301, Bd. XVIII. S. 246; von Hahn, Kommentar 2. Aufl. Bd. II. zu Art. 319 §. 13, zu Art. 320 §. 4; Sohm in der Zeitschrift für das ges. Handelsrecht Bd. XVII. S. 93—95, 106; Anschütz und Völderndorff, Kommentar B. III. S. 223 sub VII. [Abweichend: Thöl, Handelsrecht 6. Auflage Bd. I. S. 745 und Note 6, S. 749.]) Auf einen solchen Fall findet also Art. 319 keine Anwendung. R. II. (14.) 43—45.

Vierter Abschnitt.

Erfüllung der Handelsgeschäfte.

a. Ort der Erfüllung.

Art. 324.

Erfüllungsort nach der Natur des Geschäftes. Ob der Ort, von wo aus, oder der Ort, wohin geliefert werden soll, als Erfüllungsort anzusehen ist, hängt nach der konkreten Sachlage davon ab, ob der Transport der Waare von dem einen Orte zum andern nach der Intention der Paciscenten ein Geschäft des Käufers oder des Verkäufers sein soll, ob also die vom Verkäufer übernommene Besorgung des Transportes nur als eine vom Verkäufer neben der Lieferung der Waare übernommene Geschäftsführung für den Käufer z. B. dergestalt, daß der Verkäufer seine Vertragspflicht mit der Uebergabe der Waare an einen geeigneten Frachtführer erfüllt hat, aufgefaßt wird, oder ob der Verkäufer, um sich in den Stand zu setzen vertragsmäßig zu liefern, die Waare nach dem Bestimmungsort transportiren und durch Ablieferung daselbst erst seine Vertragspflicht erfüllen soll, so daß der Transport von dem einen zum andern Orte eine den Käufer nicht berührende Angelegenheit ist. Mit der Natur des Geschäftes sind offenbar beide Alternativen gleich vereinbar; es kann auch nicht einmal behauptet werden, daß nach der Verkehrssitte eine größere Wahrscheinlichkeit für die zweite Alternative spricht. Es kommt vielmehr nur darauf an, welche der beiden Alternativen von den Paciscenten gewollt ist, mag dieser Wille ausdrücklich erklärt sein oder sich aus schlüssigen Umständen ergeben. In letzterer Beziehung ist der Umstand, wenn der Käufer die Bezahlung der Fracht übernommen und geleistet hat, nicht ohne weiteres gegen diesen entscheidend, da auch wenn der Ablieferungsort als Erfüllungsort gewollt war, der Käufer als Theil des Kaufpreises die Zahlung der Fracht übernehmen konnte. Von größerem Gewicht ist die Frage, welche der Parteien die Transportgefahr übernommen hat, wofür namentlich die Frage, wer die Transportversicherung übernommen hat, von Erheblichkeit sein würde, indem, wenn der Käufer die Transportgefahr übernommen hat, anzunehmen sein würde, daß der Ort, von wo aus zu liefern ist, entgegengesetzten Falles, daß der Ort, wohin die Lieferung zu geschehen hat, der Erfüllungsort sein soll, sofern sich nicht aus anderen schlüssigen Umständen ein anderes ergiebt. R. III. (34.) 111. 112. [Siehe auch noch ein Beispiel R. III. (36.) 117 ff.] Art. 324.

Ueber **Sitz der Handelsgesellschaft.** Siehe hierüber bei Art. 86 Nr. 2 ad RA. IV. (280.) 627.

Ueber **Ort der Erfüllung** siehe bei Art. 325 ad R. I. (158.) 445. 446.

Der Verkäufer erfüllt — gesetzlich — **am Orte der Handelsniederlassung. — Die preußische Tradition** vollzieht sich durch die Verladung der Waare. [Allg. Ldr. §. 128. I. 11.] R. I. (104.) 283.

Bei der Entscheidung über den Ort der Erfüllung eines Handelsgeschäftes kann auf die Landesgesetze nicht zurückgegangen werden. In Handelssachen kommt das allgemeine bürgerliche Recht nur insoweit zur Anwendung, als das H.-G.-B. keine Bestimmungen enthält. Das H.-G.-B. enthält aber im Art. 324 (vgl. auch Art. 342) über den Ort der Erfüllung von Handelsgeschäften erschöpfende Vorschriften, welche für die Anwendung der entsprechenden Vorschriften des bürgerlichen Rechtes keinen Raum lassen. Nach Art. 324 Abs. 1 ist zunächst die Vertragsbestimmung, oder die Natur des Geschäftes, oder die Absicht der Kontrahenten maßgebend. In Ermangelung dieser Voraussetzungen soll nach Art. 324 Abs. 2 der Verpflichtete an dem Orte erfüllen, an welchem er zur Zeit des Vertragsschlusses seine Handelsniederlassung, oder, in deren Ermangelung, seinen Wohnort hatte. (So bestimmt z. B. Art. 324 Abs. 2 das direkte Gegentheil von demjenigen, was der §. 248 A. L.-R. I. 5 bestimmt.) RG. III. (36.) 117—120.

Bei zweiseitigen Verträgen ist der Erfüllungsort für beide Kontrahenten keineswegs immer der gleiche. Siehe hierüber bei Art. 325 ad R. II. (31.) 123.

Das Gericht des Wohnsitzes des Verkäufers ist nicht zuständig als Gerichtsstand des Erfüllungsortes (C.-Pr.-O. §. 29) für eine Klage des Verkäufers gegen den Käufer auf Empfangnahme und Bezahlung der diesem überschickten und von ihm beanstandeten Waare. Siehe hierüber bei Art. 346 ad R. V. (111.) 392—394.

Art. 325.

Art. 325. Der Verkäufer erfüllt — gesetzlich — am Orte der Handelsniederlassung (Art. 324) und **der Käufer zahlt** — unter gleicher Voraussetzung — **den Kaufpreis nach Empfang der Waare am Bestimmungs- und Ablieferungsorte.** R. I. (104.) 283.

Ueber **Ort der Zahlung.** Wenn nicht dem Abs. 1 des Art. 325 der Abs. 2 folgte, so möchte sich aus der Bestimmung im Abs. 1 folgern lassen, daß der Ort der Handelsniederlassung eventuell der Wohnort des Verkäufers der Ort sei, in welchem die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises zu erfüllen sei. Zwar würde dies daraus, daß die Uebermachung des Kaufgeldes auf Kosten des Käufers erfolgen soll, in analoger Anwendung des Art. 325 Abs. 2 nicht zu folgern sein. Aber erheblich ist die Bestimmung, daß die Uebermachung auf Gefahr des Käufers erfolgen solle; daraus könnte gefolgert werden, daß nach dem Willen des Gesetzgebers durch Art. 325 Abs. 1 eine Abweichung von Art. 324 des Inhalts habe statuirt werden sollen, daß für Geldzahlungen, wenn nicht Vertrag, Natur des Geschäfts, Absicht der Kontrahenten zu einem anderen Ergebnisse führen, nicht der Absendungsort, sondern der Bestimmungsort der Geldsendung, hier also der Ort der Handelsniederlassung eventuell der Wohnort des Verkäufers der Ort der Erfüllung der Pflicht des Geldschuldners sein solle. Diese mögliche Folgerung aus dem Abs. 1 des Art.

325 wird aber sofort durch die Bestimmung im Abs. 2 reprobirt, daß durch die Bestimmung im Abs. 1 der gesetzliche Erfüllungsort (Art. 324) in Betreff des Gerichtsstandes oder in sonstiger Beziehung nicht geändert werde. Diese Bestimmung kann zunächst nicht als eine prozeßrechtliche Bestimmung aufgefaßt werden, welche durch §. 29 R.-C.-P.-O. aufgehoben wäre. Der §. 29 cit. bestimmt nichts darüber, welcher Ort als der Erfüllungsort anzusehen ist, er ändert in dieser Beziehung nichts an dem bestehenden materiellen Rechte und bestimmt nur, daß da, wo nach materiellem Rechte die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist, die Vertragsklage erhoben werden kann. Der Abs. 2 des Art. 325 enthält auch nicht blos eine besondere Bestimmung über den Gerichtsstand, sondern eine materielle Bestimmung über den Erfüllungsort bezüglich der Verpflichtungen des Geldschuldners, deren Bedeutung auch nicht auf den Gerichtsstand beschränkt, sondern ausdrücklich auch auf sonstige Beziehungen, unter welchen namentlich das örtliche Recht begriffen ist, ausgedehnt wird. Es soll also, trotz der Uebermachungspflicht des Schuldners, der Ort der Handelsniederlassung eventuell der Wohnort des Schuldners (hier des Käufers) nach Maßgabe des Art. 324 als der Ort der Erfüllung der Pflichten des Käufers angesehen werden, so daß die Aufgabe der Geldsendung zur Post am Orte der Handelsniederlassung des Käufers als der Ort der Erfüllung seiner Verpflichtung, mit der für den Erfüllungsort nicht maßgebenden Nebenbestimmung jedoch, daß der Käufer die Gefahr des Transportes der Geldsendung zu tragen hat, aufzufassen ist. Da der Abs. 2 des Art. 325 keine prozeßrechtliche Bestimmung enthält, so kann auch die Anwendbarkeit des §. 13 des Gesetzes über die Einführung der Civilprozeßordnung nicht in Frage kommen. R. I. (158.) 445. 446.

Transportgefahr bei Geldsendungen; namentlich durch den Bevollmächtigten des Adressaten. Hier wurde nach Lage des konkreten Falles angenommen, daß der Mandatar die Transportgefahr einer Postsendung, mittelst welcher er Gelder, welche er im Auftrage des Mandanten erhoben, demselben überschickt, nicht trägt, und hierbei bemerkt, daß der Art. 325 nicht unbebedingt und ausnahmslos bei solchen Geldzahlungen dem zahlenden Schuldner die Tragung der Transportgefahr aufbürdet, vielmehr eine Ausnahme von dieser Regel statuirt, wenn ein anderes aus der Natur des Geschäftes oder aus der Absicht der Kontrahenten hervorgeht. Es kommt immer auf den konkreten Fall an und wurde hier namentlich deßhalb eine beabsichtigte Nichthaftung des Mandatars für die Transportgefahr angenommen, weil derselbe außer einer Inkasso-Gebühr keine Entschädigung für die Tragung der Gefahr des Transportes erhalten hat. R. II. (29.) 116—118.

Bei zweiseitigen Verträgen ist der Erfüllungsort (und folgeweise auch der Gerichtsstand des Erfüllungsortes) **für beide Kontrahenten keineswegs immer der gleiche;** dies ist namentlich dann nicht nothwendig der Fall, wenn nicht von beiden Kontrahenten Zug um Zug zu erfüllen, vielmehr von dem einen Kontrahenten vorzuleisten ist, wie es z. B. der Fall ist, wenn mit der Sendung einer verkauften Waare von einem Orte zum andern der Anfang zu machen und an letzterem erst nach der Ankunft der Waare der Kaufpreis zu zahlen ist. (Durch den §. 29 der R.-C.-P.-O. ist der Art. 325 des H.-G.-B. nicht beseitigt.) R. II. (31.) 123.

b. Zeit der Erfüllung.

Art. 327.

Art. 327. Ueber **Erfüllungsortsrecht** siehe Art. 336 ad R. VI. (33.) 131—134.

Art. 329.

Art. 329. Da durch die Civil- und die Strafproceßordnung und überhaupt reichsgesetzlich der auch in der deutschen Wechselordnung (Art. 92) und im Handelsgesetzbuche (Art. 329. 330) vorkommende Ausdruck: „allgemeiner Feiertag" nicht näher bestimmt worden ist, so ist die Bedeutung desselben aus dem Landesrechte zu entnehmen. Vorab aber ergiebt sich schon aus dem Wortlaute, daß ein allgemeiner Feiertag, wenn auch nicht nothwendig auf das gesammte Staatsgebiet, doch auf die Gesammtheit der in einem Theile desselben vorhandenen Bevölkerung Beziehung haben muß, und daß deßhalb der einer einzelnen Confession angehörende Feiertag nicht ein allgemeiner Feiertag sein kann. **Kirchliche Festtage sind in Preußen keine allgemeinen Feiertage im gesetzlichen Sinne, wenn sie nicht durch Staatsgesetze dafür erklärt sind.** (Epiphanias.) R. f. Str. II. (165.) 398—400. RA. II. (212.) 434—437. Siehe hierüber noch W.-O. Art. 92 eodem.

c. Gegenstand der Erfüllung.

Art. 336.

Art. 336. Mangels eines geschriebenen Gesetzes über die Lösung der Kollision bei verschiedenen örtlichen Rechten und mangels der Möglichkeit, mittels logischer Folgerungen aus einem abstrakten Rechtsanwendungsprinzipe zu einem Ergebnisse zu gelangen, bleibt nur übrig, soweit nicht ein zwingendes Gesetz am Orte des urtheilenden Richters die Anwendung eines bestimmten Rechtes erheischt, zunächst mittelst freier Interpretation unter Ergänzung eines mangelhaften Parteiwillens im Sinne des vernünftigen und billigen einen auf das Recht eines bestimmten Territoriums gerichteten Unterwerfungswillen zu ermitteln und beim Mangel erschöpfender konkreter Anhaltspunkte hierfür auf Grund objektiver Kriterien in Betreff des in einer Obligation vorwiegend bedeutsamen das Territorium für maßgebend zu erachten, in welchem die Obligation ihre wesentliche Wirkung äußert. Ob man in diesem letzten Falle noch auf einen stillschweigenden oder präsumtiven Unterwerfungswillen zu rekurriren oder eine objektive aus der Natur der Sache sich ergebende Rechtsnorm anzunehmen hat, kann hier dahingestellt bleiben. Ebenso kann hier dahingestellt bleiben, ob der Erfüllung aus dem Zwecke der Obligation vorwiegende Bedeutsamkeit in dem Umfange mit Recht beizumessen ist, welchen ihr von Savigny (System Bd. 8, S. 208) für das auf die Obligation anzuwendende Ortsrecht zuerkennt. In Deutschland stehen Gesetzgebung, Doktrin und Praxis immer noch weit überwiegend auf dem Standpunkte **der subsidiären Maßgeblichkeit des Erfüllungsortsrechtes** überhaupt. (Vgl. §. 11 des bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen; §§. 1. 2 der bayerischen Verordnung vom 11. Juni 1816 [Roth, bayerisches Civilrecht Bd. 1, S. 142 Note 68]; Unger, österreichisches Privatrecht Bd. 1, S. 179. 180; Gerber, Deutsches Privatrecht §. 32; Koch, Kommentar zum preußischen Allgemeinen Landrecht Bd. 1 Einleitung §. 33, Note 44; Förster, preußisches Privatrecht Bd. 1, §. 21, S. 57; Dern-

burg, preußisches Privatrecht Bd. 1, §. 28, S. 52; Roth, System des deutschen Rechts Bd. 1 §. 51, S. 297; Seuffert, Archiv Bd. 7 Nr. 136 [Oberappellationsgericht Berlin], Bd. 8, Nr. 3, Bd. 15, Nr. 183, Bd. 24 Nr. 268 [Lübeck], Bd. 19, Nr. 5, Bd. 24, Nr. 185 [Rostock], Bd. 21, Nr. 2 [Wolfenbüttel].) Aber auch wenn man der Erfüllung die ausschließliche oder überwiegende Bedeutsamkeit für die Obligation versagt, weil die ökonomische Basis mehr in dem Schuldbestande und der Behaftung des Schuldners mit der Verpflichtung beruhe, so läßt sich doch die Bedeutsamkeit der Erfüllung in einer ganzen Reihe von Beziehungen nicht leugnen. In der außerdeutschen Doktrin, betreffend das internationale Privatrecht, wird daher, obwohl dem Erfüllungsortsrechte überwiegend eine beherrschende Geltung nicht beigemessen wird, zwischen Inhalt und Umfang der Obligation im allgemeinen einerseits und andrerseits allem, was deren Ausführung betrifft, geschieden und für letzteres, worunter die Formen für Lieferung und Zahlung, das Maß, die Münze, die Quittungsverbindlichkeit, der Vorzug und seine Wirkungen begriffen werden, das Erfüllungsortsrecht als maßgebend erachtet. (Vgl. Fiore, droit international privé, traduit par Pradier-Fodéré S. 403ff. 425. 443 und dortige Citate; Asser, das internationale Privatrecht, bearbeitet von Cohn, S. 41; Wharton, treatise of the conflict of laws 1872 §. 401 Nr. p.; Foote, foreign and domestic law 1878 S. 339. 369.) **Die Wirksamkeit des Erfüllungsortsrechtes** jedenfalls in diesem beschränkteren Umfange ergiebt sich auch aus dem preußischen A. L.-R. I. 5. §§. 256. 257, vgl. österr. bürgerl. Gesetzbuch §. 905 und den Art. 327. 336. 352. 353 H.-G.-B. Ist davon auszugehen, daß die Kontrahenten in Bezug auf die nicht ausdrücklich festgesetzten wesentlichen Modalitäten der Erfüllung die thatsächlichen Verhältnisse des Erfüllungsortes vor Augen haben, so ist es ebenso angezeigt, daß sie in Bezug auf dieselben auch das Recht des Erfüllungsortes vor Augen haben. Nach all diesem erscheint es gerechtfertigt, das Erfüllungsortsrecht für die Ausführung der Erfüllung und ihre Art jedenfalls dann für maßgebend zu erachten, wenn der Erfüllungsort, gerade in Rücksicht auf die an demselben herrschenden Verhältnisse und speziell, um dem Gläubiger einen ökonomischen Werth von einer bestimmten Geltung an diesem Orte zu gewähren, bestimmt, bezw. zur Wahl gestellt ist (vgl. Windscheid a. a. O. Bd. 1) S. 88; Dernburg, preußisches Privatrecht 3. Aufl. Bd. 2, S. 75, Note 10; Mommsen im Archiv für civilistische Praxis Bd. 61, S. 176). Die Bestreitung der Anwendbarkeit des inländischen Erfüllungsortsrechtes auf den Ausländer mangels seines Unterwerfungswillens, sofern nicht der inländische Staat irgend welche zwingende Gewalt über den Ausländer hat, setzt zunächst, um überhaupt beachtet werden zu können, voraus, daß nicht eben in der Wahl des bestimmten Erfüllungsortes die Bekundung des Unterwerfungswillens liege, daß es also das Gebiet der Willensinterpretation überschreite, dasjenige, was vernünftige und billige Leute bei solcher Wahl meist wollten, auch im speziellen Falle als gewollt anzunehmen, sofern ein anderer Wille nicht erkennbar wäre. Aber auch abgesehen hiervon entbehrt die Aufstellung des Erfordernisses einer zwingenden Gewalt über den Ausländer für die Geltung des inländischen Erfüllungsortsrechtes mit den Wirkungen der Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit des betreffenden Rechtes, je nachdem sich im Inlande Vermögen des Schuldners findet und festgehalten werden kann oder nicht, insbesondere unter einer Gesetzgebung, welche den Gerichts-

stand des Erfüllungsortes ohne Einschränkung anerkennt, des Anhalts. Ebensowenig ist zuzugeben, daß nur für jede einzelne in Betracht kommende Rechtswirkung das maßgebende örtliche Recht unter dem Gesichtspunkte der Aequität der Anwendung des dem einen oder anderen Rechte angehörigen Rechtssatzes zu bestimmen wäre. Dies liefe darauf hinaus, jede einzelne Rechtswirkung, wenn sie in Frage kommt, davon abhängig zu machen, ob sie wirklich gewollt ist, oder doch, wenn vorhergesehen, vermuthlich gewollt worden wäre. Beim Rechtsgeschäfte wird aber nicht eine Summe von Rechtswirkungen zum Willensinhalt gemacht, sondern es besteht dasselbe in einer Handlung, deren Wirkungen durch die objektive Rechtsordnung — mögen es auch im Hinblicke auf scheidbare Wirkungsrichtungen mehrere objektive Rechtsordnungen sein — bestimmt werden. Bei der **Anwendung des inländischen Rechtes auf den Ausländer,** entsprechend den gedachten Grundsätzen, ist allerdings einer Ausgleichung vom Standpunkte der Aequität nicht jede Berechtigung zu versagen, insbesondere **wenn es sich um die Anwendung einer erst nach Eingehung der Obligation entstandenen Rechtsnorm des Inlandes handelt.** Allein solche Aequität erscheint noch nicht dadurch verletzt, daß z. B. eine Währungsänderung und die Aufstellung einer festen Umrechnungsnorm auf einem sich auf die eigenen Staatsgrenzen beschränkenden Interesse beruht. Dies wird in Betreff jeder positiven Rechtsordnung eines Staates zutreffen. Um eine Korrektur der allgemeinen Grundsätze im Sinne einer rechtlich beachtlichen Aequität hervorzurufen, wäre erforderlich, daß die Rechtsnorm auf einer Hervorkehrung eines egoistischen Staatsinteresses auf Kosten des betreffenden Auslandes oder gegenüber demselben, oder auf einer vom Standpunkte eines idealen Gesetzgebers nicht zu rechtfertigenden reinen Willkür beruhe. Davon ist aber nicht die Rede. Es kann endlich dahingestellt bleiben, ob durch die gedachte Umrechnungsnorm der Inhalt der bereits bestandenen Geldschulden geändert oder nur ein anderes Zahlmittel mit normirter Zahlkraft eingeführt ist, ob überhaupt begrifflich zwischen diesen beiden Wirkungen ein Unterschied ist. Selbst wenn man in der betreffenden Norm eine Norm für den Inhalt der Geldschulden sieht, so handelt es sich doch immer um eine Beeinflussung des Verpflichtungsumfanges, die lediglich auf der Veränderung des Geldwesens des Erfüllungsortes beruht. Auch wenn die Obligation nicht in jeder Beziehung dem Erfüllungsortsrechte unterworfen ist, so erscheint doch dessen Anwendung in Bezug auf die Erfüllungsart nicht dadurch ausgeschlossen, daß von derselben der Verpflichtungsumfang berührt wird. Die in den §§. 256. 257. I. 5 A. L.-R. und den Art. 327. 336. 352. 353 H.-G.-B. für maßgebend erachteten Verhältnisse des Erfüllungsortes berühren sämmtlich den Verpflichtungsumfang. R. VI. (33.) 130—134.

Zweiter Titel.

Vom Kauf.

I. Ueber den Kauf im Allgemeinen.

Art. 337.

Art. 337. Das Handelsgesetzbuch hat den **Begriff des „Kaufes“** nicht bestimmt, sondern sich darauf beschränkt, betreffs der Verträge über Lieferung ver-

tretbarer Sachen die durchgreifende, alle landesrechtlichen Besonderheiten beseitigende Vorschrift zu geben, daß sie nach den Bestimmungen über den Kauf zu beurtheilen seien, im übrigen aber die Beantwortung der Frage, was ein Kauf sei, dem bürgerlichen Rechte (Art. 1), also dem bezüglich maßgebenden Landesrechte überlassen [II. (68.) 290. XIX. (77.) 262.] Ueber die Frage, ob, wenn nach bürgerlichem Rechte ein Kauf vorliegt, doch die Bestimmungen des H.-G.-B.'s anwendbar sind und ein Handelskauf im Sinne des Art. 347 angenommen werden kann, siehe bei Art. 347 Abs. 1. A. II. eodem. R. I. (29.) 58.

Ein Vertrag, welcher die Fertigung und Lieferung eines Mühlenwerkes von bestimmter Beschaffenheit zum Gegenstande hat, in welchem aber davon, daß der Hersteller des Mühlwerkes auch noch die Einrichtung und Aufstellung desselben besorgen sollte, nicht die Rede ist, ist nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts **nicht** als **Werkverdingung, sondern** als **Kauf** zu betrachten und zu behandeln. R. I. (29.) 57. 58.

Ueber die Frage, ob **Pachtung eines Steinbruchs oder Kauf der zu brechenden Steine,** folgendes: Da das gemeine Recht die aus einem Grundstücke zu gewinnenden Materialien, insbesondere auch die zu brechenden Steine als Früchte des Grundstückes ansieht (l. 77 Dig. de V. S. 50, 16; l. 7 §. 14; l. 8 Dig. sol. matr. 24, 3; l. 9 §§. 2. 3; l. 13 §. 5 Dig. de usufr. 7, 1. Der vereinzelte Ausspruch der l. 7 §. 13 Dig. sol. matr. 24, 3: „nec in fructu marmor est, nisi talis est, ut lapis ibi renascatur", ist daraus zu erklären, daß es sich an dieser Stelle nur um den Anspruch auf Ersatz der Kosten der Anlage des Marmorbruches handelt; vgl. Schröder, Arch. für civ. Praxis Bd. 49 S. 360 fg.; Czyhlarz Dotalrecht S. 238 Anm. 7; Windscheid, Pand. Bd. 1 §. 144 Anm. 8), so ist es auch zulässig, das Recht auf den Bezug dieser Früchte einem Anderen im Wege einer Verpachtung des Grundstückes zu übertragen. Es können aber auch die noch zu gewinnenden Mineralien als künftige, bewegliche Sachen gedacht und somit zum Gegenstande eines Kaufgeschäftes gemacht werden, und hierbei kann auch die Vereinbarung getroffen werden, daß der Käufer die gekauften Mineralien aus dem Grundstücke des Verkäufers auszuscheiden und zu entnehmen habe. Da ein solcher Kaufvertrag nur dadurch erfüllt werden kann, daß dem Käufer eine entsprechende Verfügungsgewalt über das Grundstück selbst eingeräumt wird, so kann es unter Umständen als zweifelhaft erscheinen, ob eine Verpachtung des Grundstückes oder ein Verkauf der Mineralien abgeschlossen sei. Es mag namentlich der Zweifel aufgeworfen werden können, ob ein als Pachtvertrag sich bezeichnender Vertrag, nach dessen Bestimmungen die Höhe des Pachtzinses nach dem Betrage der in der Pachtperiode gemachten Ausbeute bemessen werden soll, nicht vielmehr als ein Kauf der Ausbeute aufzufassen sei. R. VI. (2.) 6. 7.

Rechtliche Natur der „Indentgeschäfte". Unterscheidungsmerkmale zwischen Verkauf und Verkaufskommission. Allerdings hat derjenige Vertrag, welcher mit dem — überhaupt einen Vertrag bedeutenden — englischen Ausdruck indent zunächst bezeichnet wird, nämlich der Vertrag, durch welchen ein in Indien bestehendes Handlungshaus von Europäern einem eingeborenen Händler bestimmte europäische Waaren zu einem in der Landesmünze festgesetzten Preise zu liefern verspricht, die Natur eines Kaufes. Anders ist es aber bei einem Vertrage, welchen das als Verkäufer auf-

tretende Haus behufs Anschaffung der zu liefernden Waare mit einem europäischen Fabrikanten oder Handlungshause in der Regel durch Vermittelung eines in Europa befindlichen Agenten oder Vertreters abschließt. Dieser Vertrag, welcher — als durch Indent veranlaßt — mit demselben Namen im Verkehr bezeichnet zu werden pflegt, kann von verschiedener Beschaffenheit sein. Es steht im Belieben des bei dem zu Grunde liegenden indent als Verkäufer aufgetretenen Hauses, in welcher Weise es die von ihm zu liefernde Waare anschafft. Es kann sich zu diesem Zweck eines Kaufes auf eigene Rechnung, aber auch einer ihm schon ertheilten oder noch zu ertheilenden Verkaufskommission bedienen, sodaß man mit dem Ausdruck indents for own account und indents on commission unterscheiden kann. Im letzteren Falle steht der Umstand, daß der Kaufvertrag mit dem eingeborenen Händler schon abgeschlossen ist, bevor der europäische Fabrikant um Lieferung der Waare angegangen wird, der Annahme eines Kommissionsgeschäfts nicht entgegen. Denn wenn man auch mit dem vormaligen Reichs-Oberhandelsgericht (Entsch. Bd. 18, S. 199) annehmen will, daß die Preisvereinbarung die Vermuthung gegen die Absicht der Kontrahenten, das Geschäft als Kommission beurtheilt wissen zu wollen, streitet, so ist doch die Möglichkeit des Kommissionsgeschäfts dadurch nicht ausgeschlossen. Der Anlaß zu Kommissionsgeschäften kann nicht blos von dem Kommittenten, sondern auch von dem Kommissionär ausgehen, und das wesentliche Merkmale eines Kommissionsgeschäfts, das Kontrahiren im eigenen Namen für fremde Rechnung, liegt auch dann vor, wenn erst nach Abschluß des Handelsgeschäfts mit dem Dritten mit einem Anderen verabredet wird, dasselbe als für Rechnung des Letzteren geschlossen zu behandeln. Zwar paßt die aus Art. 360 H.-G.-B. zu entnehmende Begriffsbestimmung dem Wortlaute nach nur auf den Fall, daß das Geschäft im eigenen Namen des Kommissionärs für Rechnung eines Auftraggebers geschlossen wird, mithin die Ertheilung der Kommission vorausgegangen und die Absicht, für Rechnung des Kommittenten zu handeln, schon beim Abschlusse des Vertrages vorhanden ist. Aber die Vereinbarung, ein schon geschlossenes Geschäft auf Rechnung des Anderen gehen zu lassen, erzeugt von da an dieselben Wirkungen, wie wenn das Geschäft von vornherein für Rechnung dieses Andern geschlossen worden wäre. Ob nun das zur Ausführung des zu Grunde liegenden Indents mit den europäischen Fabrikanten oder dem europäischen Handlungshause geschlossene Geschäft als Kauf- oder als Verkaufskommission anzusehen sei, kann nur im einzelnen Falle nach den ausdrücklich vereinbarten oder als üblich für stillschweigend vereinbart geltenden Vertragsbestimmungen entschieden werden, wie überhaupt für die Unterscheidung von Propre- und Kommissionsgeschäften durchgreifende Unterscheidungsmerkmale sich nicht aufstellen lassen. (Vgl. von Hahn, Kommentar zum H.-G.-B. 2. Aufl. Art. 360 §. 9; Grünhut, Recht des Kommissionshandels S. 99 flg.) R. V. (21.) 84—87.

Ob der Käufer von Waaren „in Säcken" oder dgl. Lieferung in Originalverpackung verlangen kann, hängt davon ab, ob die Originalverpackung im Sinne des Vertrages als eine wesentliche Eigenschaft der zu liefernden Waare anzusehen ist, was auf den einzelnen Fall ankommt. Wo nicht besondere Originalverpackung bedungen ist, kann überhaupt im Waarenverkehre dieselbe nicht als wesentliche gelten, abgesehen von speziellen Usancen bei einzelnen Waarenarten. R. II. (35.) 135—137.

II. Kaufpreis.

Grundsätze des pr. A. L.-R.'s über die Preisesverzinsungspflicht des Käufers. Die Bestimmung des A. L.-R.'s I. 11. §. 109 hat in Bezug auf die Pflicht des Käufers zur Verzinsung des Preises den Sinn, daß der Käufer regelmäßig von dem Augenblicke des Empfanges des Kaufgegenstandes den noch nicht erlegten Kaufpreis (nicht etwa wegen Verzuges, sondern, nach dem Willen des Gesetzgebers, als Vergütung für die gleichzeitige Nutzung des Kaufgegenstandes und des Preises) verzinsen müsse, und daß diese Regel nur in solchen Ausnahmefällen nicht durchgreife, in denen die gleichzeitige Nutzung des Kaufgegenstandes und des Preises dem eigenen Willen des Verkäufers entspreche. Wenn die Grundlage dieser Ausnahme nicht etwa schon aus dem eigenen Vorbringen des Verkäufers erhellt, ist es Sache des Käufers, welcher sich auf den Ausnahmefall beruft, dessen Grundlagen klarzulegen. R. II. (55.) 201. 202.

III. Kaufobjekt. (Waare.)

Derjenige, welcher nicht voll eingezahlte Aktien einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (oder einer Aktiengesellschaft) verkauft und später den Restbetrag in die Gesellschaftskasse einzahlt, kann Ersatz dieser Einzahlung von seinem Käufer verlangen. Siehe hierüber bei Art. 182 ad R. III. (46.) 162—164.

IV. Erfüllung des Kaufvertrages.

Ein Papier, über welches zur Zeit der Lieferung ein Amortisationsverfahren schwebt, entbehrt unbedenklich, wenn auch die Gefahr der Amortisation noch abzuwenden ist, schon wegen jenes Schwebens des gedachten Verfahrens gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften. Als solche sind zu erachten sowohl das derzeitige Unangetastetsein der rechtlichen Geltung des Papieres in den Händen des Erwerbers, so daß diesem zur Erhaltung solcher schon in Frage gestellten Geltung nicht erst noch besondere Aufwendungen von Mühen und Kosten obliegen, und ferner die anstandslose weitere Begebbarkeit desselben. Daß der Erwerber sich innerhalb kurzer Zeit mit einem Einspruche an das Gericht wenden und einen Streit mit dem angeblichen Verlierer aufnehmen, bezw. sich über den redlichen Erwerb des Papieres ausweisen muß, um sich die Rechte aus dem Papier zu erhalten, läßt das Papier in der erstgedachten Richtung gegenüber anderen Papieren gleicher Gattung mangelhaft erscheinen. Aber der Erwerber ist auch, so lange jenes Verfahren nicht abgewendet und der Streit mit dem Verlierer nicht entschieden ist, an der weiteren Begebung des Papieres behindert. Ohne unredlich zu handeln, kann er seinem Abnehmer das schwebende Verfahren nicht verhehlen, und dieser wird bei Kenntniß desselben das Papier als geeignetes Lieferungsobjekt zurückweisen. R. V. (56.) 206. 207.

Nicht jede Nichterfüllung des Vertrages giebt den Gegenkontrahenten das Recht, Auflösung des Vertrages (Art. 1184 Code civ.) zu verlangen oder die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegenzuhalten, es ist vielmehr zu unterscheiden zwischen wesentlichen und unwesentlichen Vertragsverletzungen. Sowohl betreffs der Auflösung eines Vertrages auf

Grund von Art. 1184 Code civ., als betreffs der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, ist in Fällen, wo Erfüllung nicht mehr möglich ist, zwischen wesentlichen und unwesentlichen Vertragsverletzungen zu unterscheiden. Nicht jeder ganz unbedeutende Mangel der Erfüllung kann das Recht geben, den Vertrag selbst aufzuheben oder die Erfüllung desselben zu verweigern, es ist vielmehr auch hier, ähnlich wie in dem vom Gesetze besonders geregelten Falle des Art. 1636 Code civ., zu prüfen, ob anzunehmen, es sei in der That eine Bedingung des Vertrages nicht erfüllt, d. h. es würde der betreffende Kontrahent den Vertrag nicht geschlossen haben, wenn er diesen Mangel der Erfüllung hätte voraussehen können, da, wenn diese Frage zu verneinen ist, der Vertrag an sich bestehen bleibt und nur von Schadensersatz bezw. Preisminderung die Rede sein kann. R. I. (77.) 217. 218.

V. Anfechtung und Auflösung des Kaufes.

Der Eigenthumserwerb auf Grund eines Kaufvertrages wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der erklärte Zweck des Verkaufes Sicherstellung des Käufers für eine Forderung an den Verkäufer ist. Es ist nicht nur rechtlich durchaus zulässig, sondern auch in häufiger Uebung, daß einem Gläubiger zu seiner Sicherstellung wegen einer persönlichen Forderung von seinem Schuldner ein Vermögens-Objekt in der durchaus ernstlichen Absicht verkauft und übertragen wird, daß der Gläubiger als Käufer wirklicher Eigenthümer und zur Ausübung aller Rechte eines Eigenthümers befugt werden soll, der wirthschaftliche Zweck einer bloßen Sicherstellung aber dadurch erreicht wird, daß der Gläubiger sich durch Nebenabreden persönlich verbindlich macht, unter gewissen vereinbarten Bedingungen das Eigenthum dem bisherigen Schuldner zurückzuübertragen oder demselben auch ganz oder theilweise den Netto-Ertrag und bezw. den Erlös eines etwaigen Weiterverkaufes der verkauften Sache zufließen zu lassen (vgl. zum Beispiel Budde, Entsch. des Ober-Appellationsgerichtes Rostock Bd. 8, S. 43. 81). — Die **Einrede der Simulation gegen den Kaufvertrag** kann zwar hierdurch begründet und liquid gestellt werden, denn wenn das Geschäft mit seinen rechtlichen Folgen nicht gewollt war, so ist die rechtliche Erheblichkeit dieser Einrede nicht zu beanstanden [R. II. (45.) 173—176]; allein aus dem Umstande, daß das Geschäft zum Zwecke der Sicherstellung des Käufers geschlossen ist, kann noch keineswegs gefolgert werden, daß das Kaufgeschäft nur simulirt sei. R. II. (44.) 168—173.

Wirkung der **Actio Pauliana gutgläubigen dritten Erwerbern gegenüber** nach französischem Rechte. Besondere Grundsätze im Falle eines Falliments. R. I. (73.) 200—202.

Art. 338.

Art. 338. **Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch muß unter einem im kaufmännischen Verkehre abgeschlossenen Kauf- und Lieferungsgeschäft insbesondere verstanden werden die von einem Kaufmanne vorgenommene Veräußerung der nach seinem Geschäft zur Veräußerung bestimmten Waaren,** denn gerade in dem Ankaufe und Verkaufe von Waaren besteht ja das Wesen des kaufmännischen Verkehres. R. III. (61.) 218.

Art. 342.

Der Besitz ist übertragen, wenn der Verkäufer über die Waare, welche ein Dritter für ihn detinirt, dem Käufer einen sogenannten Extraditionsschein aushändigt. (Vgl. Entsch. des preuß. Obertrib. Bd. 12, S. 172; Entsch. d. R.-O.-H.-G.'s Bd. 7, S. 34; Dernburg, preuß. Privatrecht Bd. 1, S. 331 [2. Aufl.]; Förster, preuß. Privatr. Bd. 3, S. 47. 48 und Note 69; Heydemann, preuß. Civilrecht Bd. 1, S. 356; Gruchot, Beiträge Bd. 4, S. 483; Lenz, Studien und Kritiken S. 195. 196; Koch, Besitz S. 95.) Es ist nach A. L.-R. I. 7, §§. 66. 67 nicht zu bezweifeln, daß eine Uebergabe durch Anweisung erfolgen kann, und daß der Besitz der angewiesenen Sache von dem Augenblick an, wo der neue Besitzer die Anweisung annimmt, also nach ständiger Rechtsprechung unabhängig davon, ob der Inhaber der angewiesenen Sache von der Anweisung in Kenntniß gesetzt ist, anfängt. Der §. 66 bestimmt: „Wenn der, welcher die Sache im Namen der bisherigen Besitzers inne hat, von demselben angewiesen wird, den Besitz im Namen des neuen Besitzers fortzusetzen, so ist die Uebergabe vollzogen." Der Angewiesene soll also, während er bisher für den Tradenten detinirte, fortan für den neuen Besitzer als dessen Besitzvertreter detiniren; der Besitz soll von dem neuen Besitzer durch den bisherigen Detentor als seinen nunmehrigen Stellvertreter ausgeübt werden. Es ist nun selbstverständlich nicht nöthig, daß die Anweisung, um die Uebergabe zu vermitteln, gerade den Worten des §. 66 entspricht, aber unerläßlich ist, daß die angegebene Absicht der Parteien in der Urkunde einen verständlichen Ausdruck gefunden hat. Unter dieser Voraussetzung können auch sogenannte Extraditionsscheine als eine Anweisung im Sinne des §. 66 enthaltend aufgefaßt werden, und dies ist in einzelnen Fällen sowohl seitens des vormaligen preußischen Obertribunals, als seitens des Reichsoberhandelsgerichts geschehen. Es muß aber in jedem konkreten Falle ein vorgelegter Extraditionsschein seinem Inhalte nach darauf geprüft werden, ob darin die im §. 66 vorausgesetzte Absicht einen erkennbaren Ausdruck gefunden hat. Eine bloße Legitimationsurkunde, in welcher der Verkäufer einer Waare den Käufer nur ermächtigt, die Waare als an ihn verkauft bei einem Dritten abholen zu dürfen, genügt also nicht. R. V. (51.) 185—188. Art. 342.

Die §§. 224 und 861 Th. I. Tit. 11 des preuß. Ldr., von denen der erstere bestimmt, daß das Kaufgeld für geborgt anzusehen ist, wenn der Verkäufer wegen der im Kontrakte vorbedungenen und bei der Uebergabe nicht geleisteten baaren Zahlung des Kaufgeldes die gerichtliche Klage innerhalb acht Tagen nach der Uebergabe nicht anmeldet, und der letztere lediglich auf den ersteren verweist, finden auf Handelskäufe als dem Wesen des Handelsverkehrs widerstrebend und in Konsequenz der Bestimmung des Art. 342 Abs. 3 H.-G.-B. überhaupt keine Anwendung. R. II. (55.) 202.

Verzug der Empfangnahme der Waare und dessen Folgen im Allgemeinen.

Art. 343.

Abs. 2. Ein Annahmeverzug des Käufers liegt vor, wenn der Verkäufer dem Käufer Waaren von kontraktmäßiger Qualität ohne Erfolg angeboten hat. R. I. (27.) 54. Art. 343.

Bei einer Geldschuld kann eine den Schuldner befreiende Unmöglichkeit der Erfüllung nicht eintreten. Auch wenn die versprochene Geldleistung in Bezug auf die Geldstücke besonders qualificirt ist, bleibt doch der Geldwerth der Leistung der Gegenstand der Obligation, sodaß, wenn auch die Zahlung mit den besonders qualificirten Geldstücken unmöglich werden kann, immer doch der Geldwerth des qualificirt Geschuldeten geleistet werden muß. Was in dieser Beziehung von einem Geldversprechen gilt, welches der alleinige, ausschließliche Gegenstand einer Geldobligation ist, muß auch von demjenigen gelten, welches nur eine Alternative einer auf Wahl des Gläubigers gestellten, mehrere Alternative umfassenden Geldobligation darstellt. R. VI. (33.) 127.

Voraussetzungen des Abnahmeverzuges und des Selbsthilfeverkaufes, **wenn in einem und demselben Vertrage verschiedene Sorten einer Waare, unter Festsetzung eines besonderen Preises für jede Sorte und ratenweiser Lieferung, verkauft werden.** Rechtliche Wirkung des auf die eine oder andere Sorte beschränkten Verzuges und Selbsthilfeverkaufes. [Siehe hierüber unten unter Androhung des Selbsthilfeverkaufes ad R. IV. (2.) 7—10.]

Beweislast betreffs der kontraktgemäßen resp. kontraktwidrigen Beschaffenheit verkaufter Waaren im Falle des Annahmeverzuges des Käufers. Siehe hierüber bei Art. 346 ad XXI. (84.) 260. 261. R. V. (8.) 29. 30.

Ueber Aufbewahrung der Waare, wenn Käufer mit der Empfangnahme in Verzug ist.

In einem Falle, in welchem es sich um einen von einem Wirthe mit einem Brauer abgeschlossenen **Bierabnahmevertrag**, von welchem ersterer zurückgetreten ist, handelt, ist auf eine Erwiderung desselben, daß der Brauer bei einem vorhandenen Annahmeverzug seinerseits das Bier nicht habe verkaufen wollen, jedenfalls der ihm durch Art. 343 auferlegten Verpflichtung zur Aufbewahrung der Waare habe genügen müssen, bemerkt, daß eine Verpflichtung, Bier für den die Annahme verweigernden Wirth bereit zu halten, nur solange bestehen kann, als die Vertragserfüllung thunlich ist. Ist die Zeit, binnen welcher allein im Sinne des Vertrages die Erfüllung möglich ist, verstrichen, so braucht der Brauer für Bestellungen des Wirthes kein Bier mehr bereit zu halten. Eben deshalb ist es in einem solchen Falle auch (abgesehen von einer Schadensersatzforderung) völlig gleichgültig, ob und wie der Brauer über die ursprünglich für den Wirth bestimmten Quantitäten Bier anderweitig verfügte. R. I. (31.) 65.

Androhung des Selbsthilfeverkaufes.

Die vorherige Androhung des Selbsthilfeverkaufes ist nothwendig, auch **wenn der Käufer die Annahme der Waare bestimmt verweigert hat.** Die im Gesetze vorgeschriebene Androhung hat den Zweck, dem Käufer Gelegenheit zu geben, den Annahmeverzug durch nachträgliche Annahme der Waare zu beseitigen oder, wenn er dies nicht will, Vorkehrungen zu treffen, daß die Waare nicht unter dem Werthe verschleudert werde, sei es dadurch, daß er selbst als Bieter auftritt, oder daß er andere zum Bieten veran-

laßt. Es soll auch, da dem Verkäufer im Falle des Annahmeverzuges des Käufers das alternative Recht gegeben ist, die Waare zu lagern oder zu verkaufen, dem Käufer durch die vorgeschriebene Androhung des Verkaufes Gewißheit gegeben werden, daß der Verkäufer von der zweiten Alternative Gebrauch machen will. Durch die vorhergegangene Annahmeweigerung des Käufers wird die Androhung nicht zwecklos, zumal der Käufer noch bis zum letzten Moment seinen früheren Entschluß ändern und sich zur nachträglichen Annahme entschließen kann, und ihm auch, wenn er bei seinem Entschlusse, nicht anzunehmen, beharrt, Gelegenheit gegeben werden soll, auf eine möglichst günstige Gestaltung des Ergebnisses des Selbsthilfeverkaufes in der angegebenen Art hinzuwirken. Das Gesetz gebietet die Androhung, ohne zu unterscheiden, ob der Käufer die Annahme geweigert hat, oder ob der Annahmeverzug durch ein anderweites Verhalten des Käufers begründet ist, deshalb ist auch dem Richter eine solche Unterscheidung nicht gestattet. Auch darauf kommt nichts an, ob die Annahmeweigerung eine mehr oder weniger bestimmte und die Wahrscheinlichkeit eines Wiederrufes ausschließende ist, sondern es ist, wie überhaupt die genaue Wahrung der im Art. 343 vorgeschriebenen Formen erforderlich ist, damit der Selbsthilfeverkauf als für Rechnung des Käufers erfolgt gelten könne, namentlich auch die vorgängige Androhung des Verkaufes in dem oben auseinandergesetzten Sinne nothwendig. [XIX. (85.) 294.] Der im voraus erklärten Annahmeverweigerung ist allerdings vom R.-O.-H.-G. insofern Bedeutung beigelegt, als darin ein, namentlich die Real-Oblation erübrigendes Moment für die Konstruirung des Requisites des Annahmeverzuges des Käufers gefunden ist; es hat auch angenommen, daß die Androhung nicht unbedingt dem den Annahmeverzug begründenden Akte nachzufolgen brauche, sondern mit der den Annahmeverzug begründenden Handlung des Verkäufers verbunden werden oder auch, ohne als verfrüht seine Wirkung zu verlieren, der definitiven Annahmeweigerung vorausgehen dürfe. Niemals hat aber das R.-O.-H.-G. angenommen, daß dnrch die Annahmeweigerung des Käufers die vorgeschriebene Androhung erübrigt werde. Vgl. Entsch. des R.-O.-H.-G.'s Bd. 23, S. 169; Bd. 20, S. 19. 20; Bd. 16, S. 422 ff.; Bd. 13, S. 58 bis 60; Bd. 12, S. 285 ff.; Bd. 10, S. 239 ff., besonders 241; Bd. 9, S. 266 bis 268; Bd. 7, S. 49. 405 ff.; Bd. 5, S. 181. 182. 287. 288; Bd. 4, S. 19. 20. Von Erheblichkeit kann **die Wissenschaft des Käufers von dem** im Wege der Selbsthilfe für seine Rechnung **bevorstehenden Verkaufe als Grundlage für einen die Androhung erübrigenden dolus des Käufers** sein. In einem solchen Falle ist aber bei einer derart aufgestellten Behauptung genau die Zeit, zu welcher der Käufer die behauptete Kenntniß erlangt hat, anzugeben, denn die Androhung muß so zeitig erfolgen, daß dem Käufer diejenigen Vorkehrungen ermöglicht werden, zu deren Zwecke die Androhung eben geboten ist. R. I. (114.) 310—312.

Abs. 2. Im Falle des Empfangsverzuges des Käufers **bedarf** es für die Verkaufsandrohung seitens des Verkäufers **nicht der Angabe, wann und ob öffentlich oder nicht öffentlich verkauft werden soll.** Zwar stellt das Gesetz, indem es bei Waaren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, dem Verkäufer frei giebt, auf welchem von beiden Wegen er die Waare veräußern will, für jede Verkaufsart besonders das Erforderniß der „vorgängigen Androhung" auf; und in der That ist daraus von Auslegern des

Gesetzbuches (Anschütz und v. Völderndorff Bd. 3, S. 276 Anmerk. 20. Dagegen: v. Hahn zu Art. 343, §. 10 [2. Aufl.]) gefolgert worden, der Gesetzgeber habe dem Verkäufer die ausdrückliche Bezeichnung der gewählten Verkaufsart vorzuschreiben beabsichtigt. Dieser Folgerung gebricht es jedoch an zuverlässigen Unterlagen. Die Wiederholung der Worte „nach vorgängiger Androhung" im dritten Satze des zweiten Absatzes von Artikel 343 kann recht wohl auch auf rein äußerlichen (redaktionellen) Gründen beruhen, nämlich nur deßhalb nöthig erschienen sein, weil jedem Zweifel darüber hat vorgebeugt werden sollen, daß bei dem nicht öffentlichen Verkaufe die vorherige Androhung gleichfalls nicht unterbleiben dürfe. Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergiebt sich nichts, was einer solchen Vermuthung widerstritte. Die Vorgänge bei der Gesetzesberathung treten ihr vielmehr unterstützend zur Seite. Der preußische Entwurf des Handelsgesetzbuches Art. 260 verstattet blos den öffentlichen Verkauf der nicht abgenommenen Waare und auch nur dann, „wenn sie dem Verderben unterworfen ist". Bei der ersten Lesung wurde indessen eine Vorschrift beschlossen, welche den Verkäufer, wenn der Käufer nach Zahlung des Kaufpreises die Empfangnahme der Waare verzögerte, ermächtigen sollte, die Waare gerichtlich zu deponiren oder „nach vorgängiger Androhung" zu verkaufen, unter Einhaltung der Bestimmungen des Art. 235 über den Verkauf verpfändeter marktgängiger Waaren. (Prot. S. 626 fg. unter d. Abs. 1. 2, S. 629 Z. 3 bis 10.) Demgemäß regelte nunmehr der von der Redaktionskommission bearbeitete Entwurf in Art. 285 Abs. 2 die Befugnisse des Verkäufers gegenüber dem mit der Empfangnahme säumigen Käufer. Die Konferenz genehmigte jedoch weder diese, noch seine durch die Redaktionskommission vorgeschlagene andere Fassung, sondern einen dritten Vorschlag, welcher mit dem Inhalte der ersten drei Sätze des zweiten Absatzes des Art. 343 H.-G.-B. sachlich zusammenfällt. (Protokolle, S. 1374 fg.) Insbesondere erlaubt derselbe für Waaren mit Börsen- oder Marktpreis neben dem öffentlichen auch den nicht öffentlichen Verkauf. Die Worte „nach vorgängiger Androhung" kommen aber hier nur in dem vom öffentlichen Verkaufe handelnden Vordersatze vor. Der den nicht öffentlichen Verkauf angehende Nachsatz ist gleichwohl so gefaßt, daß sie da als selbstverständlich hinzugedacht werden müssen. Hätte das Gesetz diese Fassung allenthalben beibehalten, so wäre kaum ein Zweifel darüber entstanden, daß dem Verkäufer ein Mehreres nicht obliege, als eine allgemeine Verkaufsandrohung. In einer späteren Berathung (Protokolle, S. 1459 fg.) nahm die Konferenz nur noch einen der Schlußbestimmung in Abs. 2 Art. 343 H.-G.-B. entsprechenden Zusatz an. Der Art. 320 Abs. 2 des Entwurfes zweiter Lesung gab endlich den in Rede stehenden Vorschriften diejenige Form, in welcher dieselben bei der dritten Lesung (Protokolle, S. 5077 fg.) gebilligt und nachmals zum Gesetz erhoben worden sind. Die Wiederholung der Worte „nach vorgängiger Androhung" ist daher lediglich eine Einschaltung der Redaktionskommission. Andeutungen darüber, daß hierauf ein besonderes Gewicht gelegt worden, daß man namentlich der Ansicht gewesen wäre, die Verkaufsandrohung müsse die Art und Weise des beschlossenen Weiterverkaufes mit ankündigen, finden sich nirgends in den Berathungsprotokollen. R. I. (3.) 6. 7.

Wenn in einem und demselben Vertrage verschiedene Sorten einer Waare, unter Festsetzung eines besonderen Preises für jede Sorte und

ratenweiser Lieferung, verkauft werden, so folgt hieraus keineswegs, daß verschiedene besondere, in keinem Zusammenhange miteinander stehende Kaufverträge als geschlossen anzusehen sind; vielmehr kann nach dem Willen der Betheiligten das in einen Abschluß zusammengefaßte, verschiedene Waarensorten umfassende Kaufgeschäft als ein dergestalt untrennbares Ganzes aufzufassen sein, daß der Käufer sich nicht die Erfüllung des Geschäftes bezüglich der einen Sorte ohne gleichzeitige Erfüllung bezüglich der anderen Sorte gefallen zu lassen braucht, und daß namentlich ein zunächst nur die eine Sorte betreffender Erfüllungsmangel auch das Geschäft im ganzen, auch bezüglich der anderen Sorten, beeinflußt. Diese Untrennbarkeit eines ganzen, die verschiedenen Waarensorten umfassenden Geschäftes darf auch nicht identifizirt und verwechselt werden mit der Theilbarkeit des Lieferungsobjektes. (Vgl. Art. 359.) Daraus, daß das Objekt des Vertrages eine theilbare Sache ist, folgt, wie bereits in zahlreichen Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes ausgesprochen ist, nicht, daß der Verkäufer dem Käufer Theillieferungen aufnöthigen bezw. anbieten darf, ohne sich einer Vertragsverletzung schuldig zu machen. Hier genügt **ein auf die eine oder die andere Sorte beschränkter Verzug und Selbsthilfeverkauf** nicht. Es ist hier vielmehr **Voraussetzung des Abnahmeverzuges und des Selbsthilfeverkaufes,** daß der Verkäufer, um den Käufer bezüglich des im Wege der Selbsthilfe zu verkaufenden Quantums in Verzug zu setzen, das ganze, zur maßgebenden Zeit rückständige Quantum Waaren von allen Sorten zur Abnahme angeboten und resp. den Käufer zur Abnahme aufgefordert hat. R. IV. (2.) 7—10.

Allgemeines über Verkaufsselbsthilfe.

Ein Wirth, der mit einem Brauer einen **Bierabnahmevertrag** abgeschlossen hatte, tritt später von diesem Vertrage zurück, während der Brauer von ihm Vertragserfüllung resp. Entschädigung verlangt. Zu diesem Fall ist bemerkt, daß der Brauer, sofern durch die Rücktrittserklärung des Wirthes in Verbindung mit dem Lieferungserbieten des Brauers ein Annahmeverzug begründet erscheinen kann (siehe oben bei Verzug der Empfangnahme ad XVI. (107.) 421—423 2c.), das Recht hat, die für den Wirth bestimmten Bierquantitäten sofort **nach Eintritt des Verzuges gemäß Art. 343 zu verkaufen,** um sich der Sorge für deren Aufbewahrung zu entschlagen, allein es **ist** dies **nur ein Recht, keineswegs eine Pflicht,** und kann ihn wegen Nichtausübung dieses Rechtes umsoweniger ein Vorwurf treffen, als er bei der Eigenthümlichkeit des Vertragsverhältnisses die in den verschiedenen Zeitpunkten für Rechnung des Wirthes zu verkaufenden Quantitäten Bier nur annäherungsweise schätzen, nicht aber mit einiger Sicherheit ermessen kann. R. I. (31.) 65.

Das Gesetz giebt dem Verkäufer das Recht des Selbsthilfeverkaufs, sobald Empfangsverzug des Käufers eingetreten ist. **Ein besonderes Interesse des Verkäufers daran, sich der Waare zu entäußern, braucht nicht vorhanden zu sein.** Mag die fernere Aufbewahrung der Waare den Verkäufer thatsächlich nicht belästigen oder mag er im Stande sein, sich der custodia durch Deposition auf Kosten des Käufers zu entschlagen, mag die größte Wahrscheinlichkeit vorhanden sein, der Käufer werde später noch abnehmen, und mögen Verluste aus dem Abnahmeverzug nicht zu befürchten

sein (wenn zum Beispiel der Kaufpreis bereits gezahlt oder sicher gestellt ist), immer bleibt dem Verkäufer das Recht des Selbsthilfeverkaufes zuerkannt. Ferner ist daran festzuhalten, daß der Verkäufer den Selbsthilfeverkauf in seinem Interesse vornimmt. Dafür, daß das Interesse des Käufers gewahrt werde, sorgt das Gesetz durch Anordnung des vor und bei dem Verkauf zu befolgenden Verfahrens. Eine weitere Sorgfalt im Interesse des Käufers liegt dem Verkäufer nicht ob. (Entsch. d. R.-O.-G.'s Bd. 21 Nr. 50, S. 159.) Nur für doloses Verfahren haftet der Verkäufer. R. V. (14.) 63. 64.

Der mit der Annahme säumige Käufer muß einen vom Verkäufer vorgenommenen Selbsthilfeverkauf auch dann als sich gegenüber rechtswirksam anerkennen, **wenn der Verkauf nicht an dem Orte, an welchem die Waare sich befindet, vorgenommen ist.** Allerdings wird der Selbsthilfeverkauf in der Regel an demjenigen Orte vorzunehmen sein, an welchem sich die Waare befindet. Allein daraus folgt nicht, daß der Verkauf in unmittelbarer körperlicher Nähe der Waare stattfinden muß; es entspricht vielmehr der ratio des Gesetzes, wenn der Verkauf an demjenigen Platze vorgenommen wird, welcher sich als Markt für die an dem betreffenden Orte lagernden Waaren darstellt. R. V. (14.) 66. 67.

Erfordernisse des Selbsthilfeverkaufs und **Beachtung und Begründung von Lokalusancen.** Letzteren kann die Beachtung nicht versagt werden [XVI. (27.) 93], und unter Umständen kann die Einleitung eines Beweisverfahrens über die behauptete Usance geboten sein. Nothwendige Voraussetzung dafür ist aber eine präcise Fassung der betreffenden Behauptung. Inhalt und Umfang der angeblichen Usance muß so genau substanziirt sein, daß der Richter zu erkennen vermag, ob dieselbe auf den betreffenden Fall Anwendung leide. [XII. (18.) 61]. So muß z. B. auch angegeben sein, ob sich eine behauptete Usance auch auf Verkäufe von Handelswaaren beziehe. R. I. (98.) 269—271.

Unter einem „öffentlichen Verkaufe" im Sinne des Art. 343 H.-G.-B. ist nicht jede nach vorgängiger öffentlicher Bekanntmachung vorgenommene öffentliche Versteigerung, sondern **nur ein solcher Verkauf zu verstehen, welcher im Wege der öffentlichen Versteigerung durch die zur Abhaltung von Versteigerungen befugten Behörden oder Beamten oder obrigkeitlich autorisirten Personen in den für derartige Versteigerungen gesetzlich vorgeschriebenen oder ortsüblich geltenden Formen bewirkt ist.** Es ergiebt sich dieses aus der Wortfassung des Art. 343 a. a. O., sowie aus dem Zwecke der in ihm enthaltenen Bestimmungen und findet Bestätigung in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes (vgl. Protokolle, S. 624 fg. 1459 fg.) Wenn in Art. 343 bestimmt ist: „Ist der Käufer mit der Empfangnahme der Waare im Verzuge, so ist der Verkäufer auch befugt, nach vorgängiger Androhung die Waare öffentlich verkaufen zu lassen, er darf, wenn die Waare einen Börsen- oder Marktpreis hat, nach vorgängiger Androhung den Verkauf auch nicht öffentlich durch einen Handelsmakler oder in Ermangelung eines solchen durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten zum laufenden Preise bewirken," so bildet (wie nach Art. 311 im Falle des Pfandverkaufes) der öffentliche Verkauf, das heißt der im Wege öffentlicher Versteigerung vorgenommene, die Regel, und es kann daraus, daß nur in dem Ausnahmefalle des nichtöffentlichen Verkaufes zum laufenden Preise bei Waaren, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben, die Zuziehung eines

Handelsmaklers oder eines zu Versteigerungen befugten Beamten vorgeschrieben ist, nicht gefolgert werden, daß in dem Regelfalle des öffentlichen Verkaufes dieser durch jede beliebige, zur Vornahme von Versteigerungen nicht autorisirte Person mit der Wirkung geschehen könne, daß der Käufer ihn als für seine Rechnung geschehen gelten lassen müßte. „Es handelt sich — wie das Reichsoberhandelsgericht in dem Urtheile vom 20. Oktober 1874 (Entsch. Bd. 14, S. 331) mit Recht hervorhebt — bei dem Verkaufe zu Lasten des säumigen Käufers (beziehungsweise Verpfänders) um eine gesetzlich autorisirte Selbsthilfe. Deßhalb und weil der Verkauf meist ohne Einwirkung und Kontrole des Käufers vor sich geht, bedarf er schützender Formen. Es kommt nicht nur darauf an, daß ein annehmbarer und gerechter Preis erreicht, sondern daß überhaupt loyal verfahren werde. Die Person des den Verkauf Leitenden muß also in dieser Richtung die nothwendigen Garantieen geben." Eine Garantie dafür, daß das bei diesen für Rechnung des Käufers erfolgenden Verkäufen vorzugsweise zu beachtende Interesse des Käufers gewahrt werde, liegt nur vor, wenn die Versteigerung nach den gesetzlich vorgeschriebenen oder ortsüblich geltenden Regeln abgehalten und überhaupt völlig unparteiisch verfahren wird, und hierfür ist eine Sicherheit nur in der Person dessen zu finden, welcher die Versteigerung abgehalten hat. Es kann daher nicht angenommen werden, daß im Handelsgesetzbuche unter dem öffentlichen Verkaufe ein anderer verstanden sei, als der durch eine zu Versteigerungen autorisirte Person vorgenommene, um so weniger als nach dem zur Zeit des Erlasses des Handelsgesetzbuches geltenden Rechtszustande öffentliche Versteigerungen der Regel nach nur von Behörden und gewissen Angestellten oder zur Vornahme von Versteigerungen koncessionirten Personen vorgenommen werden durften. Die für die Provinz Hannover erlassene Verordnung vom 24. April 1816, die Auktionen betreffend, nach deren §. 2 bei allen öffentlichen Versteigerungen in den Städten eine zur Abhaltung von Auktionen gerichtlich bestellte Person oder ein Notar zur Protokollführung zugezogen werden mußte, ist zwar durch die spätere Gewerbegesetzgebung, insbesondere §. 36 der Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1867 und die Bekanntmachung vom 15. November 1873, aufgehoben. Allein wenn auch nach §. 36 a. a. O. für das Gewerbe der Auktionatoren eine Konzession nicht mehr erforderlich ist, dasselbe vielmehr frei betrieben werden kann, so sind doch die verfassungsmäßig dazu befugten Staats- und Kommunalbehörden oder Korporationen auch ferner berechtigt geblieben, Personen, welche dieses Gewerbe betreiben wollen, auf Beobachtung der bestehenden Vorschriften zu beeidigen und anzustellen, und es ist im Abs. 2 vorgeschrieben: „Die Bestimmungen der Gesetze, welche den Handlungen der genannten Gewerbtreibenden eine besondere Glaubwürdigkeit beilegen oder an diese Handlungen besondere rechtliche Wirkungen knüpfen, sind nur auf die von den verfassungsmäßig dazu befugten Staats- oder Kommunalbehörden oder Korporationen angestellten Personen zu beziehen." Diese letztere Vorschrift muß in dem in Art. 343. 354 H.-G.-B. geregelten Falle Anwendung finden. Denn wenn danach dem Verkäufer die Befugniß beigelegt ist, einseitig für Rechnung des im Verzuge befindlichen Käufers die Waaren öffentlich verkaufen zu lassen, so handelt es sich um eine Versteigerung, an welche das Gesetz besondere rechtliche Wirkungen knüpft, und welche im hervorragenden Maße der Glaubwürdigkeit bedarf. [VIII. (66.) 262. XIV. (106.) 330. XX. (10.) 23.] **Nach Art. 343 H.-G.-B. wird**

auch durch den Umstand, daß die Waare dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist, nur die Nothwendigkeit der vorgängigen Androhung des Verkaufes ausgeschlossen, im übrigen aber an den Bestimmungen des Art. 343 nichts geändert. Wenn es sich um ein unter Kaufleuten abgeschlossenes Handelsgeschäft handelt, so finden die Vorschriften in den Art. 354 und 343 H.-G.-B. Anwendung, in welchen diejenigen Rechte genau bestimmt sind, welche in dem Falle, daß der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises beziehungsweise der Empfangnahme der Waare im Verzuge ist, dem Verkäufer zustehen. **Diese Vorschriften sind für Handelssachen allein maßgebend, und es kommen neben ihnen nicht die in einzelnen Landesrechten bestehenden Vorschriften, welche dem Verkäufer im Falle des Verzuges des Käufers weitergehende Befugnisse einräumen, zur Anwendung** (vgl. Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 14, S. 292. 336; Bd. 12, S. 174; Bd. 13, S. 59). R. V. (24.) 94—98.

Um durch Oblation den Käufer in Abnahmeverzug zu setzen, ist erforderlich, daß die Waare vorhanden sei und die Möglichkeit alsbaldiger Tradition derselben vorliege. Bei Beurtheilung, ob das letztere Erforderniß vorhanden ist, kommt aber die thatsächliche Beschaffenheit der Waare in Betracht. Manche Waaren sind so beschaffen, daß, um sie vertragsmäßig beziehentlich zum Transport fertig herzustellen, erst unmittelbar vor der Tradition noch eine gewisse Manipulation mit ihnen vorzunehmen ist. Die Oblation derselben erscheint darum wirksam, wenn sie auch schon vor Vornahme dieser Manipulation erfolgt. (Es ist hierfür auf die mehrfachen Entscheidungen des R.-O.-H.-G.'s über die Oblation von Stabeisen, dessen Specifikation der Käufer unterlassen hatte, zu verweisen. XV. (45.) 146. XVI (59.) 224. XXII. (3.) 5.) Erfüllungsbereitschaft ist dann anzunehmen, wenn der Verkäufer betreffs der Waare nur noch solche Handlungen vorzunehmen hat, welche nur unter Konkurrenz des empfangenden Käufers vorgenommen werden können, oder welche vernünftigerweise erst dann vorzunehmen sind, wenn die unmittelbare Abnahme durch den Käufer sicher bevorsteht. Dies kann namentlich der Fall sein betreffs der zur Herbeischaffung, zur Absonderung, zur Ausscheidung erforderlichen Handlungen. **Es kann ein Quantum aus einem vorhandenen Vorrathe auch ohne vorgängige Ausscheidung wirksam offerirt werden. Der Ausscheidung steht die Förderung von Kohlen gleich,** denn die Kohlen sind schon als solche vorhanden, es bedarf, um die verkaufte Quantität auszuscheiden, nur einer einzigen, noch dazu schnell vorzunehmenden Handlung, und es ist wirthschaftlich unthunlich, die für die einzelnen Känfer bestimmten Quantitäten schon längere Zeit vor der Abnahme zu fördern und gesondert zu lagern. **Der Umstand, daß die zu liefernden Kohlen noch nicht gefördert waren, steht der Zulässigkeit des Selbsthilfeverkaufs nicht entgegen.** R. V. (14.) 65. 66. [XXI. (26.) 73. IV. (28.) 143. R. I. (27.) 54.]

Rechte des Verkäufers nach vorgenommenem Selbsthilfeverkaufe gegenüber dem ursprünglichen Käufer. Indem Art. 343 das Recht des Selbsthilfeverkaufes einräumt, bestimmt er, daß der Verkäufer, sobald er von diesem Rechte Gebrauch gemacht hat, nicht mehr verbunden ist, dem Käufer die Waare selbst zu übergeben. Er hat ihm statt der Waare nur dasjenige zu gewähren, was sich als Ergebniß des Selbsthilfeverkaufes herausgestellt hat. Unberührt bleibt der Anspruch des Verkäufers auf

Zahlung des Kaufpreises, desgleichen seine etwa sonst durch den Kaufvertrag begründeten Ansprüche, zum Beispiel auf Ersatz des durch den Abnahmeverzug bis zum Selbsthilfeverkauf entstandenen Schadens. **Wie die ursprünglichen Leistungen der Kontrahenten aus dem Kaufvertrage stehen sich diese Leistungen auch nach Vornahme des Selbsthilfeverkaufes als Gegenleistungen gegenüber.** Hat der Selbsthilfeverkauf einen höheren als den vertragsmäßigen Preis ergeben, so kann der Käufer die Herausgabe desselben fordern gegen Leistung des vereinbarten Kaufpreises, er fordert also dem Effekte nach die Differenz zwischen beiden Preisen. Ebenso hat, wenn umgekehrt der Erlös aus dem Selbsthilfeverkaufe geringer ist als der vereinbarte Preis, der Verkäufer eine Klage auf den vereinbarten Kaufpreis unter Abzug jenes Erlöses. Da nun aber Art. 343 dem Verkäufer das Recht gewährt, die unter Befolgung der gesetzlichen Vorschriften ausgebotene Waare selbst zu übernehmen [R. V. (14.) 59—63], also den auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise ermittelten Werth derselben an die Stelle der Waare zu setzen, so müssen die entwickelten Sätze über die Einwirkung des Selbsthilfeverkaufes auf die Rechte der Kontrahenten auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Verkäufer die Waare selbst übernommen hatte, und es ist hier nur noch hervorzuheben, daß die Annahme, durch die Vornahme des Selbsthilfeverkaufes sei das ursprüngliche Sachverhältniß in keiner Weise abgeändert worden, da die Waare beim Verkäufer verblieben sei, eine irrige ist. In Folge der Uebernahme der Waare nach vorhergegangener Auktion hat der Verkäufer freie Verfügung über die Waare erworben, welche er vorher dem Käufer als Erfüllung des Kaufes zu übergeben verbunden war. R. V. (14.) 65.

Ausübung der Verkaufsselbsthilfe durch öffentlichen Verkauf.

Der mit der Annahme säumige Käufer muß einen vom Verkäufer vorgenommenen Selbsthilfeverkauf auch dann als sich gegenüber rechtswirksam anerkennen, **wenn der Verkäufer selbst als Käufer aufgetreten ist.** Es ist nicht nur nach positiven Rechtsvorschriften unzulässig, sondern an sich undenkbar, a) daß eine Person in eigenem Namen handelnd mit sich als ebenfalls in eigenem Namen Handelndem einen Vertrag abschließen, ferner b) daß jemand seine eigene Sache, das heißt die Substanz derselben, nicht nur etwaige in Betreff derselben einem Anderen zustehende Rechte, kaufen könne. Gleichgültig ist nach beiden Richtungen hin, ob die fragliche Person, sei es als Verkäufer, sei es als Käufer, selbst oder durch einen Stellvertreter handelt. Bietet der Verkäufer in einer Auktion, so erklärt er damit, dem Vorbieter die Sache nicht um das von demselben gestellte Gebot ablassen zu wollen; wird dem Verkäufer die Sache auf sein Gebot zugeschlagen, so hat er dieselbe damit aus der Auktion zurückgezogen. Schließt der Handelsmakler, welchem der Verkauf der Waare übertragen ist, mit dem Verkäufer einen Kauf ab, so ist damit der Verkaufsauftrag nicht erfüllt, sondern zurückgegeben und zurückgenommen. Eine wörtliche Interpretation der Art. 343. 354 H.-G.-B. würde hiernach dahin führen, daß der Verkäufer, welcher wegen Empfangsverzuges des Käufers zum Selbsthilfeverkauf der Waare (gleichviel, ob dieselbe bereits tradirt ist oder nicht) schreitet, und ebenso der Verkäufer, welcher auf Grund des Art. 354 die Waare verkauft, dieselbe nicht rechtswirksam selbst kaufen kann. Man kann hiergegen nicht

etwa geltend machen wollen, der Auktionator und der Handelsmakler seien als Vertreter des Käufers aufzufassen, der Verkauf erfolge also im Namen des Käufers; denn das Gesetz giebt dem Verkäufer das Recht des Verkaufs für Rechnung des Käufers als eigenes Recht und weist ihm nicht etwa nur die Wahrung der Interessen des Käufers im Falle des Verzuges desselben zu. Der Verkäufer kann daher den Auktionator und den Handelsmakler nur beauftragen, in seinem Namen zu verkaufen. Auktionator und Handelsmakler haben vermöge ihrer öffentlichen oder quasi-öffentlichen Stellung die Pflicht, bei Abhaltung der Auktion und bei Vornahme des freihändigen Verkaufes die betreffenden gesetzlichen Vorschriften einzuhalten und dürfen vom Verkäufer keine mit diesen Vorschriften unverträglichen Weisungen annehmen; insofern haben sie im Interesse des Käufers thätig zu sein und erfolgt ihre Zuziehung im Interesse des Käufers. Allein sie werden dadurch nicht etwa zu dessen Vertretern, sondern bleiben Vertreter des Verkäufers. Wollte man ferner etwa annehmen, der Verkäufer, welcher als Selbstkäufer eintritt, kaufe nicht sowohl die Waare selbst, sondern er kaufe nur sein Recht der freien Disposition über die Waare, welches er durch Abschluß des ersten Kaufvertrages aufgegeben und welches für ihn mit der Substanz der Waare gleichwerthig sei, zurück (vergl. ein ähnliches Verhältniß, emtio possessionis rei suae, in l. 34, §. 4 Dig. de contrah. emt. 18, 1), so würde durch diese Auffassung doch immer nur der Einwand der Unzulässigkeit des Kaufes der eigenen Sache beseitigt sein, es bliebe aber die Unthunlichkeit des Kontrahirens in eigenem Namen mit sich selbst bestehen. Allein eine andere Interpretation der betreffenden Bestimmungen ergiebt sich als möglich, wenn man auf die denselben zu Grunde liegende ratio zurückgeht. Das Handelsgesetzbuch giebt im Art. 354 bei Zahlungsverzug des Käufers dem Verkäufer, welcher noch nicht tradirt hat, ein dreifaches Recht: er kann Erfüllung des Vertrages in der vereinbarten Weise und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, er kann Schadensersatz statt der vertragsmäßigen Erfüllung fordern, er kann vom Vertrage abgehen. Da bei der Geltendmachung des zweiten Rechtes von der vertragsmäßigen Erfüllung abgesehen wird, also der Verkäufer auch nicht die Waare zu leisten hat, so muß der Vortheil, welcher ihm hieraus erwächst, bei der Schadensberechnung immer in Ansatz kommen. Um diesen Faktor in sicherer Weise seinem Betrage nach zu fixiren, schreibt das Gesetz eine bestimmte Art der Ermittelung des Verkaufswerthes der Waare vor. In gleicher Weise verfährt das Gesetz in Art. 343. Bei Abnahmeverzug des Käufers wird dem Verkäufer die Befugniß eingeräumt, sich der Waare durch Veräußerung derselben gänzlich zu entschlagen. An die Stelle der Waare tritt in diesem Falle der für dieselbe erlöste Preis. Diese Wirkung tritt aber nur dann ein, wenn der Verkauf in der bestimmten vorgeschriebenen Weise erfolgt ist. In beiden Fällen soll die Waare in einer Auktion und darf, falls sie einen Marktpreis hat, auch durch einen Handelsmakler oder durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten verkauft und soll der Verkauf dem Käufer vorher angedroht werden. Der Grund dieser Bestimmungen ist einleuchtend. Die Waare soll in einer Weise verkauft werden, daß der den Umständen nach zu erwirkende höchste Preis für dieselbe erreicht, dabei jede dieses Resultat möglicher Weise gefährdende Einwirkung des Verkäufers ausgeschlossen, dem Käufer hingegen die Möglichkeit gewährt wird, nicht nur das Versäumte nachzuholen, die Waare abzunehmen, sondern

auch, falls er dies unterläßt, doch seinerseits auf die Erreichung eines möglichst günstigen Verkaufsergebnisses hinzuarbeiten. Diese Vorschriften sind im Interesse des Käufers gegeben. Allein dieses Interesse geht nicht sowohl dahin, daß die Waare um den möglichst hohen Preis verkauft werde, sondern nur dahin, daß sicher festgestellt werde, es habe kein höherer Preis erreicht werden können. Die besondere Einrichtung der vom Gesetz vorgeschriebenen Verkaufsarten ermöglicht nun aber die Feststellung dieser letzteren Thatsache auch ohne daß der Verkauf wirklich zur Ausführung kommt. Bei der Auktion wird der erreichbare höchste Preis durch das Höchstgebot konstatirt, und deßgleichen konstatirt der gemäß seiner Amtspflicht und auf Grund seiner Erfahrung handelnde Handelsmakler den angemessenen Verkaufswerth marktgängiger Waare. Gleichgültig ist es für diese Ermittelung, von wem das Höchstgebot ausgegangen oder von wem der dem Handelsmakler als angemessen erscheinende Preis geboten ist, ob von einem Dritten oder vom Verkäufer selbst. Der ratio der gesetzlichen Bestimmungen entspricht es also, diese Bestimmungen selbst so aufzufassen, daß nicht die Veräußerung der Waare durch eine Auktion oder durch einen Handelsmakler, sondern daß die Vornahme einer Auktion oder das Ausbieten durch einen Handelsmakler zum Zweck der Konstatirung des erreichbaren höchsten Gebotes beziehentlich eines angemessenen Gebotes angeordnet ist. Durch diese Interpretation wird dem Wortlaute des Gesetzes keineswegs Zwang angethan, denn auch der Zuschlag an den Verkäufer sowie der formelle Abschluß mit demselben stellen sich äußerlich als Verkäufe dar und werden im Leben als solche bezeichnet. Diese mögliche Auffassung der gesetzlichen Bestimmungen stellt sich aber aus folgendem Grunde als die nothwendige dar. Art. 343 H.-G.-B. giebt dem Verkäufer zwei Wege an, auf welchen er sich bei Abnahmeverzug des Käufers der Sorge für die Waare entschlagen kann. Damit ist jede andere Art der Verfügung über die Waare ausgeschlossen (vgl. Entsch. des R.-O.-H.-G.'s Bd. 19, Nr. 28, S. 91). Art. 354 H.-G.-B. läßt bei Zahlungsverzug des Käufers die Geltendmachung des Schadens statt der vertragsmäßigen Erfüllung nur unter der Voraussetzung des Verkaufs der Waare in der besprochenen Weise zu. Daraus folgt, daß wenn die Möglichkeit vorhanden ist, daß das vorgeschriebene Verfahren so beschaffen wäre, daß es nicht unter allen Umständen zu dem beabsichtigten Erfolg führen müßte, sondern im einzelnen Falle auch erfolglos bleiben könnte, dem Verkäufer unter Umständen die Möglichkeit, sein Interesse dem mit der Abnahme säumigen Käufer gegenüber zu wahren und gegen den mit der Zahlung säumigen Käufer die Schadensklage anzustellen, überhaupt entzogen sein würde. Es ist nun aber undenkbar, daß der Gesetzgeber, welcher gerade beabsichtigte, das Verhältniß zwischen dem Verkäufer und dem säumigen Käufer in beiderseitigem Interesse und den wirthschaftlichen Bedürfnissen entsprechend zu regeln, die Möglichkeit des Eintritts einer Eventualität anerkannt haben sollte, welche den Verkäufer dem mit der Abnahme säumigen Käufer gegenüber nöthigen würde, Verwendungen von unberechenbarer Höhe auf die Waare zu machen, und ihm dem mit der Zahlung säumigen Käufer gegenüber das Recht, statt der vertragsmäßigen Erfüllung Schadensersatz zu fordern, entziehen würde. Es kann also nur angenommen werden, daß der Gesetzgeber von der Ansicht ausgegangen ist, jene Eventualität könne nicht eintreten, die Möglichkeit, daß die von ihm vorgeschriebenen Maß-

regeln je versagen würden, sei ausgeschlossen. Nun ist aber weder die Möglichkeit der Niederlegung der Waare bei einem Dritten auf Kosten des Käufers immer vorhanden, noch läßt sich der Verkauf der Waare an einen Dritten in allen Fällen bewerkstelligen. Unbedingt durchführbar ist die Vorschrift, die Waare öffentlich oder durch einen Handelsmakler zu verkaufen, nur dann, wenn sie in dem Sinne aufgefaßt wird, daß der Verkäufer den durch die Vornahme einer Auktion oder Ausbietung der Waare durch einen Handelsmakler ermittelten höchstmöglichen beziehentlich angemessenen Preis, auch ohne die Waare wirklich zu verkaufen, an deren Stelle zu setzen befugt ist. Der Einwand, daß es dem Verkäufer immer möglich sein werde, dritte Personen zum Erwerb der in Auktion oder durch einen Handelsmakler feilgebotenen Waare dadurch zu bestimmen, daß er mit denselben vereinbart, ihnen die erworbene Waare wieder abzunehmen, bedarf keiner Widerlegung, weil ein solches Verfahren sich als Umgehung des Gesetzes darstellen würde. Allein gerade der Umstand, daß eine solche Unterschiebung sehr leicht ins Werk zu setzen, der Beweis der darin liegenden Umgehung des Gesetzes aber nur schwer zu erbringen ist, kann dafür geltend gemacht werden, daß der Gesetzgeber nicht wohl beabsichtigt haben könne, die Selbstübernahme auszuschließen. R. V. (14.) 58—63.

Art. 346.

Art. 346. **Das Gericht des Wohnsitzes des Verkäufers ist nicht zuständig als Gerichtsstand des Erfüllungsortes (C.-P.-O. §. 29) für eine Klage des Verkäufers gegen den Käufer auf Empfangnahme und Bezahlung der diesem überschickten und von ihm beanstandeten Waare.** Der Verkäufer kann nur dann die Anerkennung der Pflicht zur Empfangnahme der Waare verlangen, wenn er ein rechtliches Interesse daran hat, seiner Verbindlichkeit zur Tradition entledigt zu werden; allein ein solches Interesse erhellt nicht schon daraus, wenn der Käufer seine Verpflichtung zur Annahme auf Grund mehrfacher Bemängelung der Waare bestreitet. Würde schon dieser Umstand für sich allein für ausreichend erachtet werden, so müßte die Klage auf Empfangnahme der Waare in der Regel zulässig sein, obgleich das rechtliche Interesse des Verkäufers regelmäßig nur in Leistung des Kaufpreises seitens des Käufers besteht. Es verlangen deßhalb Doktrin und Rechtsprechung ein besonderes Interesse, wie denn auch Endemann an einer hierher bezüglichen Stelle (Handelsrecht §. 114 I. Anm. 5 [3. Aufl.]) ausdrücklich auf die l. 9 Dig. A. E. V. 19, 1 verweist. (Vgl. auch Mommsen, die Lehre von der Mora [Beiträge Bd. 3] §. 14, S. 134; Goldschmidt, Zeitschrift Bd. 23, S. 567, 568, 569 und l. 1, §. 3 Dig. de periculo et commodo 19, 6.) **Der Artikel 346 H.-G.-B. hat nicht die Bedeutung, ein Klagerecht auf die Empfangnahme einzuführen,** sondern er bestimmt nur in Bezug auf Art. 347, daß der Käufer eine vertragsmäßig gelieferte Waare nicht zurückweisen dürfe. Würde man die Klage als eine solche auf Feststellung im Sinne des §. 231 C.-P.-O. auffassen, so fehlte es abermals an Begründung des hier vom Gesetze geforderten rechtlichen Interesses an dieser Klage; außerdem käme aber in Betracht, daß selbst dann, wenn man unter besonderen Umständen die Klage auf Feststellung auch da zulassen wollte, wo sofort auf Erfüllung geklagt werden kann (vergl. Entsch. des Reichsgerichts in Civils. Bd. 4,

Nr. 130), immerhin die Häufung der Klage auf Feststellung mit der auf Erfüllung unzulässig wäre, oder doch den Erfolg hätte, daß nur die letztere in Betracht käme, also auch allein für den Gerichtsstand maßgebend wäre. Endlich ist aber **die Empfangnahme der tradirten (abgeschickten) Waare etwas ganz Verschiedenes von der dem Verkäufer obliegenden Erfüllung.** Gerade um diesen Unterschied hervorzuheben, wurde im Art. 346 H.=G.=B. (vgl. Nürnb. Prot. S. 642) der ursprüngliche Ausdruck „abnehmen" durch „empfangen" ersetzt. Diese Verpflichtung zur Empfangnahme, wenn man eine solche anerkennen wollte, ist aber nicht an dem Orte, von wo, sondern an dem, wohin die Waare geschickt worden ist, zu erfüllen. Wollte man hier das Gericht des Wohnsitzes des Verkäufers als zuständig erachten, so wäre die Konsequenz die, daß fast immer der Verkäufer seinen Gerichtsstand für den Käufer dadurch zuständig machen könnte, daß er auf Empfangnahme der Waare und Zahlung klagt. Dies involvire aber eine Verletzung der §§. 29. 231 C.=P.=O., sowie der Art. 324 und 346 H.=G.=B. R. V. (111.) 392—394.

Beweislast betreffs der kontraktgemäßen resp. kontraktwidrigen Beschaffenheit verkaufter Waaren im Falle des Annahmeverzuges des Käufers. Wenn der beklagte Käufer aus der kontraktwidrigen Qualität der Waare ursprünglich bei der Lieferung keinen Ablehnungsgrund entnommen, solchen vielmehr erst später rügt, so bedingt dies noch keine Umkehr der Beweislast. Der klagende Verkäufer kann diese dem Beklagten nicht deßhalb allein aufbürden, weil Beklagter ohne zutreffenden Grund die Abnahme verweigert hat. Eine Veranlassung, den Beklagten mit dem Beweise zu belasten, würde nur dann vorliegen, wenn Beklagter durch unberechtigtes Verhalten des Klägers die Führung des ihm obliegenden Beweises unmöglich gemacht oder doch wesentlich erschwert hätte. Es unterliegt auch keinem Bedenken, daß der Kläger die Qualität der Waare, bevor er über solche anderwärts verfügt, vorerst durch zugezogene Sachverständige hätte feststellen und sich so den Beweis hätte sichern können. Der vom Reichsoberhandelsgericht [XXI. (84.) 255 ff.] entschiedene Fall liegt wesentlich anders. Wenn dort unter ganz außergewöhnlichen Umständen dem im Annahmeverzug befindlichen Käufer die Beweislast bezüglich der angeblich kontraktwidrigen Qualität der verkauften Waare aufgelegt ist, so läßt sich daraus nicht als allgemeine Regel abstrahiren, daß der in Annahmeverzug befindliche Käufer immer die kontraktwidrige Qualität der Waare beweisen müsse. R. V. (8.) 29. 30.

Art. 347.

I. Absatz.

ad A. II. Waarenlieferung.

Bei einem **Vertrage über Fertigung und Lieferung einer Maschine** ist, falls er nach dem maßgebenden Landesgesetze als Kauf anzusehen ist, der Art 347 anwendbar. Es besteht kein Grund, für solche landesrechtlich als Käufe geltende Verträge, welche die Lieferung einer erst anzufertigenden Sache zum Gegenstande haben, eine Ausnahme zu machen, also für dieselben die Anwendbarkeit der Bestimmungen des H.=G.=B.'s, insbesondere des Art. 347 auszuschließen, und zwar umsoweniger, als selbst beim reinen **Art. 347.**

Werkverdingungsvertrage anerkannt ist, es sei betreffs desselben eine wenigstens analoge Anwendung des Art. 347 geboten [XIV. (19.) 43.] Insbesondere läßt sich nicht sagen, der Eigenthümlichkeit solcher Verträge, welche die Lieferung von erst anzufertigenden Sachen, insbesondere Maschinen, zum Gegenstande haben, stehe entgegen den Art. 347 direkt anzuwenden bezw. anzunehmen, daß das Gesetz Verträge dieser Art habe treffen wollen, denn die Bestimmungen des Art. 347 lassen dem richterlichen Ermessen so weiten Spielraum, daß auch diesen Eigenthümlichkeiten volle Rechnung getragen werden kann. [Siehe I. (43.) 149; dagegen aber IX. (67.) 221. XI. (26.) 62.] R. I. (29.) 58.

Voraussetzung der Anwendung des Art. 347 H.-G.-B. ist, „daß Waare von einem anderen Orte übersendet ist", d. h. daß die Waare zum Zwecke der Erfüllung des Kaufes vom Verkäufer oder auf dessen Anordnung dem Käufer oder dem von diesem aufgegebenen Dritten übersendet worden ist. Was ursprünglich vereinbart worden, ist nicht maßgebend. War nach dem Kaufvertrage inter praesentes zu erfüllen, so braucht zwar der Verkäufer die spätere Weisung des Käufers, ihm die Waare zu übersenden, nicht zu befolgen, befolgt er sie aber, so kommt Art. 347 zur Anwendung. Soll nach dem ursprünglichen Vertrage der Verkäufer die Waare übersenden, so kann er sich der Regel nach nicht weigern, dem Anfordern des Käufers, sie inter praesentes zu tradiren, zu entsprechen, und entspricht er demselben, so kommt Art. 347 nicht zur Anwendung. Gleichgültig für den **Begriff der „Uebersendung"** ist, 1. ob der Verkäufer die Person, welche den Transport ausführt (Frachtführer, Verfrachter) oder die Besorgung der Ausführung übernimmt (Spediteur), selbst wählt, oder ob dieselbe vom Käufer bezeichnet ist; 2. ob der Verkäufer mit dem Frachtführer oder Verfrachter oder mit dem Spediteur selbst abschließt, und zwar a) in eigenem Namen oder im Namen des Käufers, b) für eigene Rechnung oder für Rechnung des Käufers, oder ob der Käufer mit diesen Personen abschließt, oder ob der Transport durch die Leute des Käufers, durch dessen Mandatar oder negotiorum gestor vorgenommen wird. 3. Auch darauf kommt es an sich nicht an, ob der Verkäufer im voraus weiß, nach welchem Orte die Waare zu senden ist, oder ob dies vom Käufer bestimmt werden soll. Bei der Versendung über See kommt es täglich vor, daß dem Verfrachter erst unterwegs der Ablieferungsort bezeichnet wird, und wenn es sich hier auch gewöhnlich nur um die nähere Präzisirung einer allgemeinen oder alternativen Angabe handelt, so kann doch sehr wohl ganz allgemein eine Vereinbarung dahin getroffen sein, daß die Waare an den dem Frachtführer, Verfrachter oder Spediteur vom Käufer aufzugebenden Ort gesendet werden soll. **Nothwendige Voraussetzung des Art. 347 ist ferner, daß die Waare noch nicht empfangen ist.** Empfangen werden kann sie aber auch von der den Transport der Waare vornehmenden oder die Besorgung desselben übernehmenden Person. In welcher der verschiedenen oben angegebenen Weisen diese Person bestellt sein mag, immer kann es vorkommen, daß dieselbe mit dem Empfange betraut ist. Es kann z. B. vereinbart sein, daß der Verkäufer den Spediteur auswähle, den gewählten aber zugleich mit dem Empfange der Waare im Namen des Käufers beauftrage. Häufiger wird es vorkommen, daß, wenn der Käufer den Spediteur wählt, er denselben mit dem Empfange beauftragt, oder daß er, wenn er die Waare selbst abholen läßt, den Ab-

holenden damit beauftragt oder dazu bevollmächtigt. Ob dem Spediteur oder der sonstigen betreffenden Person diese Funktion zugewiesen ist und ob eine Erklärung über den Empfang erfolgt ist bezw. ob in der Uebernahme zugleich eine Empfangserklärung gefunden werden kann, ist Thatfrage. Bei Beurtheilung derselben kann der Umstand, ob der Verkäufer oder der Käufer die betreffende Person bestimmt hat, ferner ob der Ablieferungsort im voraus bestimmt ist oder erst vom Käufer zu bestimmen ist, sehr bedeutsam werden. R. VI. (15.) 60. 61.

ad A. IV. 3. Theilweise Mangelhaftigkeit einer Waarensendung.

Bei vereinbarten ratenweisen Lieferungen kann, wenn eine frühere Rate ohne Rüge eines Qualitätsmangels angenommen und bezahlt ist, die Annahme einer späteren vertragsmäßig beschaffenen Rate nicht deßhalb abgelehnt werden, weil die erste Rate nicht vertragsmäßig gewesen ist. Siehe bei Art. 355 ad R. I. (27.) 54. 55.

ad B. II. 1. Ablieferung der Waare.

Die Ablieferung ist nicht mit der Uebergabe zu identifiziren, vielmehr von derselben wesentlich verschieden. Sie enthält kein Rechtsgeschäft, sondern einen thatsächlichen Hergang, eine einseitige Handlung des Verkäufers; sie kann mit der Uebergabe zusammenfallen, unter Mitwirkung des Käufers erfolgen; dies wird auch in den meisten Fällen geschehen; aber wesentlich ist eine solche Mitwirkung des Käufers durchaus nicht. (Es ist auch nicht Praxis des Reichsoberhandelsgerichts gewesen, daß zur Ablieferung der Empfang bez. die Uebernahme der gekauften Waare seitens des Käufers gehöre, wenngleich in der einen oder anderen Entscheidung ein bezüglicher unzutreffender oder ungenauerer Ausdruck vorkommen mag.) Wenn bei der Ablieferung eine Mitwirkung des Käufers vorkommt, so kommt doch nur die Thätigkeit des Verkäufers dabei in Betracht. Es würde z. B. eine Ablieferung enthalten können, wenn der Verkäufer ohne Mitwirkung des Käufers die Waare in einem Lagerraum des Käufers niederlegt und den Käufer davon benachrichtigt. Die Ablieferung kann auch zeitlich von der Uebergabe getrennt sein; sie kann der Uebergabe vorhergehen oder auch nachfolgen; das letztere wird namentlich bei Distanzgeschäften nach preußischem Recht (A. L.-R. I. 11. §§. 128 flg.) der Fall sein, wenn durch Ueberlieferung der Waare an den Frachtführer die Uebergabe, aber nicht die Ablieferung erfolgt. Wesentlich ist für die Ablieferung, daß der Verkäufer sich der Waare entäußert, die Gewahrsam aufgiebt, mag dadurch der Käufer gleichzeitig die Gewahrsam erlangen oder nicht. Wesentlich ist ferner, daß der Käufer durch die Ablieferung die thatsächliche Möglichkeit erlangt, durch streng einseitigen Akt sich sofort die Gewahrsam der Waare zu verschaffen und dieselbe zu untersuchen und darüber thatsächlich zu verfügen. Es genügt daher nicht zur Ablieferung eine abgelehnte, wenngleich reale Traditions-Offerte, wenn der Verkäufer sich bei der Ablehnung beruhigt und nicht weiter zur Entäußerung der Gewahrsam vorschreitet. Die Erklärung des Käufers, die Abnahme zu verweigern, ist für den Begriff der Ablieferung unerheblich,

weil die letztere lediglich ein einseitiger Akt des Verkäufers ist. Ob die Voraussetzungen der Ablieferung hiernach vorliegen, mag im konkreten Falle zu Zweifeln Veranlassung geben. R. V. (8.) 31. 32. [XXIV. (6.) 29.]

Die Ablieferung kann nicht abstrakt und losgelöst von demjenigen Rechtsgeschäft, auf welches die Rüge der vertragswidrigen Beschaffenheit der Waare sich bezieht, gedacht werden; sie muß vielmehr seitens des Verkäufers auf Grund desjenigen Kaufgeschäfts erfolgt sein, dessen seinerseitige Erfüllung der Käufer wegen vertragswidriger Beschaffenheit der Waare weigert, der Verkäufer aber fordert, indem er unter Berufung auf Art. 347 verlangt, daß die von ihm abgelieferte Waare als genehmigt und folgeweise kontraktgemäß gelte. Daß der Käufer nachher aus einem andern Titel, z. B. wenn er die von ihm nicht angenommenen Waaren in einem vom Verkäufer bethätigten Selbsthilfeverkauf kauft, in den Besitz der Waare gelangt, genügt nicht, um den Art. 347 zur Anwendung zu bringen. (Durch die Ausführung des Selbsthilfeverkaufs ist die Erfüllung des ursprünglichen Kaufvertrags in der stipulirten Weise unthunlich geworden.) R. V. (8.) 33.

ad B. II. 3 a. Rechtliche Bedeutung der Mängelanzeige.

Bei mehreren auf einander folgenden Sendungen gleichartiger Waare unter denselben Kontrahenten bedarf es in Bezug auf jede einzelne Sendung einer besonderen Mängelanzeige nach Art. 347. Nach konstanter Rechtsprechung hat der Käufer darzulegen und nachzuweisen, daß er dem Art. 347 entsprechende Mängelanzeige gemacht hat. Der Regel gemäß muß der Käufer bezüglich jeder Sendung unter dem Präjudize der Genehmigung moniren, indem es nicht sowohl darauf ankommt, ob eine spätere Sendung einer früheren Sendung gleich oder ungleich war, als darauf, ob sie im Falle eines Kaufes auf Probe der Probe entsprach, andernfalls ob sie von vertragsmäßiger oder gesetzlicher (Art. 335) Qualität war. Ob unter besonderen Umständen eine Ausnahme von dieser Regel statuirt werden kann, muß hier unerörtert bleiben, jedenfalls würde aber der Käufer die thatsächlichen Voraussetzungen einer solchen Ausnahme darzulegen haben. R. III. (30.) 100. 101.

Die Pflicht zur Monitur fällt fort im Falle des Betrugs auf Seiten des Verkäufers. Siehe hierüber bei Art. 350 ad R. I. (108.) 300.

ad E. I. 3 A. a. Der Käufer fordert vom Verkäufer den bereits an solchen ganz oder theilweise bezahlten Kaufpreis.

Der Käufer kann bei nicht vertragsmäßiger oder nicht gesetzmäßiger Beschaffenheit der Waare den gegen Empfang des Konnossements gezahlten Kaufpreis zurückfordern. (Beweislast betreffs der Beschaffenheit der Waare.) Hat der Käufer eine Zahlung geleistet oder ein Wechselversprechen gegeben, um damit den Vertrag zu erfüllen, d. h. definitiv zu erfüllen, so kann, abgesehen vom Falle des Art. 355, von einer Rückforderung des Kaufpreises oder des Versprechens keine Rede sein. Der Käufer kann nur Erfüllung seitens des Verkäufers verlangen oder sein Interesse geltend

machen. Fordert er als solches den Betrag des Kaufpreises, so hat er zu substanziiren, daß gerade darin sein Interesse besteht. Behauptet in diesem Falle der Verkäufer, vertragsmäßig erfüllt zu haben, so hat er dies zu beweisen. Der Käufer kann dagegen nicht ohne weiteres den Kaufpreis als solchen zurückfordern, auch wenn er beweisen wollte, der Verkäufer habe nicht vertragsmäßig geliefert. Ganz anders aber stellt sich das Verhältniß, **wenn die Leistung des Käufers nicht als definitive Erfüllung erscheint, sondern als provisorische, nicht als Zahlung, sondern als Deckung, als Vorschuß,** wenn so geleistet wurde, daß die Leistung erst bei Eintritt einer gewissen Bedingung oder Voraussetzung, nämlich der vertragsmäßigen Leistung des Verkäufers, zur Erfüllung werden sollte. In einem solchen Falle hat der Käufer, wenn der Verkäufer nicht vertragsmäßig oder nicht gesetzmäßig erfüllt hat, das Recht, das Geleistete zurückzufordern. Betreffs der Frage aber, ob vertragsmäßig oder gesetzmäßig erfüllt sei, bleibt die Beweislast beim Verkäufer. (Vgl. Römer in der Zeitschr. für das allg. Handelsrecht Bd. 19, S. 130 ff.; Bd. 23, S. 29.) Ob die Leistung des Käufers als Zahlung oder als Vorschuß gegeben werde, dafür ist der Wille der Kontrahenten maßgebend. Im einzelnen Falle wird dieser Wille häufig nicht ausdrücklich ausgesprochen sein. Es ist dann zurückzugehen auf den allgemeinen Verkehrswillen. Ob es möglich ist, einen gleichmäßigen Inhalt dieses Verkehrswillens für alle Fälle der sogenannten Vorausbezahlung des Kaufpreises festzustellen, kann hier dahingestellt bleiben. Es genügt für den vorliegenden Fall, daß sich bei Genuskäufen für die gegen Aushändigung des Konnossements über die Waaren erfolgte Leistung einer Zahlung oder eines Wechselversprechens ein solcher Verkehrswille allgemein feststellen läßt. Derselbe geht dahin, daß in diesen Fällen die Leistung als Vorschuß aufgefaßt wird. Dies ergiebt sich aus folgendem. Auszugehen ist von dem allgemeinen Rechtssatze, daß, wenn nichts besonderes vereinbart ist, der Verkäufer Zahlung des Kaufpreises nur verlangen kann, wenn er seinerseits erfüllt hat, bezw. gegen Erfüllung, also gegen Leistung des Kaufobjektes, bei Genuskauf gegen Leistung der Waare in der vertragsmäßigen und gesetzmäßigen Beschaffenheit. Daraus folgt, daß beim Genuskaufe der Verkäufer, ehe er den Kaufpreis fordern kann, dem Käufer die Möglichkeit gewähren muß, sich von dieser Beschaffenheit der Waare zu überzeugen. Bei Platzgeschäften kann der Verkäufer dem Käufer die Möglichkeit der Untersuchung gewähren, ohne sich der Waare zu entäußern, und die Uebergabe erst dann vornehmen, wenn Billigung erfolgt ist. Auch beim Distanzgeschäft ist diese Möglichkeit zwar gegeben durch Herbeiziehung eines Dritten, welcher die ihm vom Verkäufer zugesendete Waare für diesen detinirt, dieselbe dem Käufer vorzeigt und nach erfolgter Genehmigung überträgt. Allein ein solches Verfahren ist mit Weitläufigkeiten verbunden und verursacht Kosten. Beides wird vermieden, wenn der Verkäufer die Waare dem Käufer direkt zusendet. Allein damit giebt der Verkäufer die Waare aus der Hand und verliert die Sicherheit, welche er in der Waare hatte. Dazu kommt, daß der Verkäufer, wenn er erst, nachdem die Waare vielleicht nach längerer Zeit in die Hand des Käufers gelangt und von diesem gebilligt ist, den Kaufpreis beanspruchen kann, die Benutzung desselben zu lange entbehren muß. Andererseits ist es leicht thunlich, dem Käufer die ausschließliche Verfügung über die Waare, schon bevor dieselbe zu ihm gelangt, einzuräumen durch Uebergabe der Transportpapiere, insbesondere des

Konnossements, und damit ihm Sicherheit und die Veräußerungsmöglichkeit zu verschaffen. Es liegt daher nahe, daß schon während die Waare noch unterwegs, ja schon sobald sie nur abgeladen ist, ein Austausch von Werthen stattfindet, welche ebenso als Sicherheiten wie als Gebrauchwerthe in Betracht kommen. Dieser Austausch hat zugleich den Vortheil, daß der Kauf provisorisch, d. h. unter der Voraussetzung erfüllt wird, daß die Waare vertragsmäßig ausfällt, so daß, wenn diese Voraussetzung eintritt, von beiden Seiten nichts weiter zu geschehen hat. Die Waare bleibt dann als Erfüllung beim Käufer, die Zahlung als Erfüllung beim Verkäufer. Allein an sich ist dieser Austausch noch keine Erfüllung. Daß der Käufer die Waare, die nicht von gesetzmäßiger oder vertragsmäßiger Beschaffenheit ist, zurückweisen kann, nicht zu empfangen braucht, wenngleich sie ihm durch Konnossement schon tradirt war, wird von Niemandem bestritten. In der Aufnahme der übersandten Waare liegt noch keine Empfangnahme, d. h. keine Erklärung des Käufers, daß er die Uebergabe der Waare als Erfüllung anerkenne, und ebensowenig liegt eine solche in der Annahme des Konnossements. Dem entspricht aber, daß der Käufer seinerseits die Leistung, welche er dem Verkäufer macht, nicht als Erfüllung auffaßt, sondern als Vorbereitung zu einer solchen. Das Verkehrbedürfniß geht dahin, daß der Käufer dem Verkäufer, welcher die Waare aus der Hand giebt und damit die Möglichkeit der Verwerthung derselben verliert, einen dem Kaufpreise gleichen Werth als Sicherheit und zur Verwerthung zuweist. Nicht aber liegt ein Bedürfniß dafür vor, daß der Käufer diesen Werth als Vertragserfüllung gewähre, und im eigenen Interesse des Käufers liegt dies ebenfalls nicht. Macht sich nun aber im gewöhnlichen Verkehre in keiner Weise das Bedürfniß geltend, unter den angegebenen Verhältnissen eine Leistung (Auszahlung oder Wechselverpflichtung) als Erfüllungshandlung, als definitive Zahlung vorzunehmen, ist vielmehr allen Bedürfnissen bei Auffassung des Geschäftes als Sicherheitsleistung, als provisorischer Zahlung entsprochen, ist also unerfindlich, warum der Käufer sich durch Erfüllung seinerseits in eine schlimmere Lage setzen sollte, so muß es als Aeußerung des vernünftigen allgemeinen Verkehrswillens angesehen werden, daß die gegen das Konnossement geleistete Zahlung an sich als Vorschußleistung, als eine provisorische Zahlung gewährt und angenommen werde. Dieser allgemeine Verkehrswille muß aber im einzelnen Falle dann als maßgebend angesehen werden, wenn besondere ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärungen anderer Art nicht vorliegen. Zu demselben Resultate, nur in Anwendung auf einen weiteren Thatbestand und mit zum Theil anderer Begründung ist, das Reichsoberhandelsgericht gelangt. [II. (42.) 182. VI. (62.) 272. VII. (61.) 236. XI. (61.) 185. XV. (62.) 218.] (Ueber die frühere und spätere Auffassung des Oberappellationsgerichtes Lübeck siehe Voigts Neues Archiv für Handelsrecht Bd. 4, S. 64.) R. III. (26.) 87—90.

ad E. I. 3 A. b. Der Käufer verlangt Vertragserfüllung und klagt mit der Kontraktsklage, der actio emti.

Kontraktsklage bei mangelhafter Erfüllung oder Nichterfüllung bei Genuskauf. Hier handelte es sich um gelieferte Aktien der österr.-franz. Staats-Eisenbahn-Gesellschaft, welche der Käufer wieder veräußern wollte, die aber wegen Abschneidung des Randes der Souche nach Frankfurter

Börsen-Usance (Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 24, S. 525 §. 20) nicht lieferbar waren, weßhalb der Käufer dieser Aktien gegen seinen Verkäufer auf Umtausch derselben klagte. Diese Klage ist nicht als eine Wandelungsklage, sondern als die Kontraktsklage auf Erfüllung des Kaufvertrages und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung anzusehen. Es ist nicht Rückerstattung des vom Käufer bezahlten Kaufpreises gegen Rückgabe der Papiere, sondern Lieferung anderer Papiere gegen Rückgabe der gelieferten und Ersatz des durch Verweigerung des Umtausches entstandenen Schadens, mithin nicht Auflösung, sondern Erfüllung des Kaufvertrages verlangt. Die Frage der Offensichtlichkeit der Mängel der Papiere kann also dieser Kontraktsklage gegenüber nicht in Frage kommen. Die in dieser Weise angestellte Kontraktsklage auf Erfüllung des Kaufvertrages ist aber zulässig. Gegenstand des Kaufes waren obige Aktien, mithin nicht bestimmte, sondern nur der Gattung nach bezeichnete Papiere. Die Gattung war hier zunächst durch ihre Eigenschaft als Aktien der gedachten Gesellschaft, sodann aber, da unbestritten börsenmäßig lieferbare Papiere verkauft waren, durch die weitere Eigenschaft der Verkäuflichkeit bestimmt. Gegenstand dieses Kaufes waren mithin solche Aktien der gedachten Gesellschaft, welche sich dazu eigneten, als Waare von Hand zu Hand zu gehen und insbesondere an der Börse als dem Markte für derartige Waaren umgesetzt zu werden. Wie der Käufer durch Lieferung aller Stücke, welche diese Eigenschaften hatten, seine Verbindlichkeit erfüllen kann, so läßt sich die Erfüllung nicht bewerkstelligen durch Lieferung von Stücken, welchen die eine oder die andere dieser Eigenschaften fehlt, und es ist in dieser Beziehung gleichgültig, ob die Umlaufsfähigkeit durch eine gesetzliche Bestimmung (R.-O.-H.-G. Entsch. Bd. 20, S. 418) oder durch Amortisation (R.-O.-H.-G. Entsch. Bd. 11, S. 45) oder durch Außerkurssetzung oder, wie im vorliegenden Falle, durch eine körperliche Beschädigung ausgeschlossen ist. Indem der Verkäufer defekte und aus diesem Grunde nach Börsen-Usance nicht lieferbare Stücke lieferte, lieferte er nicht dasjenige, was er zu liefern hatte, in mangelhafter Beschaffenheit, sondern etwas anderes, als was er zu liefern hatte. Durch Lieferung dieser Papiere war demnach die Verpflichtung des Verkäufers aus dem Kaufvertrage nicht erfüllt. Es steht nur noch in Frage, ob dieselbe etwa durch Annahme der Papiere an Erfüllungsstatt aufgehoben worden ist. Dies könnte nur dann geschehen sein, wenn der Käufer wußte, daß etwas anderes, als was geschuldet wurde, geliefert werde. Nur unter dieser Voraussetzung könnte in der Annahme des Gelieferten eine Annahme an Zahlungsstatt gefunden werden. R. IV. (56.) 195—197.

ad E. I. 3 A. d. Der Käufer verlangt vom Verkäufer die Redhibition der Waare und klagt mit der actio redhibitoria.

Beim Genuskaufe ist der Käufer berechtigt, in Fällen, wo fehlerhafte Waare geliefert wurde, die redhibitorische Klage zu erheben. Es ist hier der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichtes [V. (91.) 399. II. (91.) 409. IV. (36.) 181. VI. (62.) 267. VII. (30.) 112. (74.) 284. XI. (9.) 26] beizupflichten. Indem der Verkäufer eine bestimmte Waare liefert und als Erfüllung anbietet, individualisirt er die vorher nur generell bestimmte Waare und giebt hiermit dem Käufer die nämlichen Rechte, welche ihm im Falle eines Spezieskaufes zustehen. R. VI. (53.) 190.

ad E. II. 1. Prozessuale Fragen bei der Dispositionsstellung. Allgemeines.

Zu den thatsächlichen Grundlagen für die Anwendung des Art. 347 gehört namentlich die, daß die Ablieferung der Waaren an den Käufer im Sinne des Art. 347 erfolgt ist. **Daß diese Ablieferung erfolgt sei, muß der klagende Verkäufer substanziirt darlegen und im Bestreitungsfalle beweisen.** Zwar hat nach konstanter Rechtsprechung der Käufer sich darüber auszuweisen, daß er den ihm betreffs der Untersuchung und Mängel-Anzeige nach Art. 347 obliegenden Pflichten genügt habe. Aber diese Pflicht zur Untersuchung und Mängel-Anzeige und folgeweise auch der Ausweis des Käufers darüber hat die erfolgte Ablieferung zur gesetzlichen Voraussetzung. Der Verkäufer hat also darzulegen und zu beweisen, daß diese Voraussetzung, durch deren Eintritt die Untersuchung der Waare erst ermöglicht und veranlaßt ist, thatsächlich eingetreten sei. Es darf dem Käufer nicht zugemuthet werden, darzulegen und nachzuweisen, daß die Ablieferung nicht erfolgt sei, und daß er deßhalb noch keine Veranlassung zu der durch Art. 347 gebotenen Diligenz gehabt habe. R. V. (8.) 30. 31.

ad E. II. 2 B. b. bb. a. Klage auf Preisminderung, Aufhebung des Vertrages oder Entschädigung.

In erheblicher Abweichung von dem römischen Recht (vgl. Windscheid, Pandekten 5. Aufl. Bd. II., S. 487) macht das A. L.-R. die Ausübung des Wandelungsrechtes grundsätzlich davon abhängig, daß der Empfänger die Sache in dem Stande, in welchem er sie empfangen hat, zurückzugeben vermag (§§. 327. 328. I. 5). Von dieser scheinbar allgemeinen Regel hat zwar die Praxis und, ihr folgend, die Rechtslehre verschiedene Ausnahmen zugelassen: nämlich für die Fälle, in welchen eine stattgehabte Veränderung der Sache nicht als eine wesentliche anzusehen, und in welchen der Untergang der Sache entweder durch den vom Geber zu vertretenden Fehler herbeigeführt oder nach erklärtem Rücktritt ohne Schuld des Empfängers erfolgt ist. (Vgl. Striethorst, Archiv Bd. 1, S. 46; Bd. 12, S. 192; Bd. 45, S. 286; Entsch. des preuß. Obertrib. Bd. 41, S. 40; Bd. 65, S. 61; Entscheid. des R.-O.-H.-G.'s III. (32.) 151; VIII. (96.) 393; X. (61.) 276; XII. (117.) 416; Erk. d. R.-G.'s v. 5. Januar 1880 in Gruchot's Beiträgen Bd. 24, S. 1000 flg.; Förster, Theorie rc. 4. Aufl. Bd. 1, S. 570 flg.; Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 2, §. 144 lit. a.). Allein als Regel bleibt doch bestehen, daß der Untergang der Sache die Redhibition ausschließt, und daraus folgt namentlich, daß jeder nach der Uebergabe und vor erklärtem Rücktritt eintretende Zufall den Empfänger und nicht (wie nach dem römischen Rechte) den Geber trifft. Dies ergiebt der klare Wortlaut der citirten §§. 327. 328, und man würde denselben fast alle Bedeutung entziehen, wenn man hierin der entgegengesetzten Auffassung folgen wollte, von welcher sich in den Gründen einiger Entscheidungen des früheren Preuß. Obertribunales (Entsch. Bd. 41, S. 43—45; Striethorst, Archiv Bd. 92, S. 299 flg.) im Anschlusse an die — auf abweichender Grundlage beruhenden — Aussprüche der römischen Rechtsquellen mehr oder weniger entschiedene Andeutungen finden. (Vgl. auch

Entsch. des R.-O.-H.-G.'s Bd. 8, S. 394 flg.; Bd. 12, S. 416.) — Demgemäß **liegt überall, wo der Untergang der Sache vor der Rücktrittserklärung und vor dem durch dieselbe herbeigeführten Rücknahmeverzuge des Gebers eingetreten ist, dem Redhibitionskläger der Nachweis ob, daß der Untergang durch einen vom Geber zu vertretenden, also schon zur Zeit der Uebergabe vorhanden gewesenen, Fehler verursacht ist.** Denn gegenüber seiner gesetzlichen Verpflichtung zur Rückgabe (§. 327 a. a. O.) sowie der eingestandenen Unmöglichkeit, solche zu erfüllen, hat er Umstände darzulegen und folgerecht zu beweisen, welche eine Ausnahme von der Regel des Gesetzes zu begründen und sein Recht von der Erfüllung der korrespondirenden Pflicht unabhängig zu machen geeignet sind. Hierzu genügt aber nicht schon der Nachweis, daß die Sache überhaupt mit einem vom Gegner zu vertretenden Fehler behaftet gewesen sei, sondern es muß außerdem bewiesen werden, daß dieser Fehler als alleinige oder doch als wesentlich mitwirkende Ursche den Untergang herbeigeführt hat. Denn der mit dem Fehler nicht in erweislichem Zusammenhange stehende Untergang kann in Rücksicht auf den Geber nur als ein zufälliger angesehen werden, welcher nach Vorstehendem den Empfänger trifft. (Vgl. Entsch. des R.-O.-H.-G.'s Bd. 8, S. 395.) Es fehlt an jedem Rechtsgrunde, dem Geber den Beweis dafür aufzubürden, daß der Untergang der Sache nicht in Folge des nachgewiesenen Fehlers, sondern aus einer anderen Ursache erfolgt sei. Dadurch würde das Verhältniß von Regel und Ausnahme zum Nachtheile des Gebers umgekehrt und eine in den Gesetzen nicht begründete Vermuthung für den ursächlichen Zusammenhang des Fehlers mit dem Untergange der Sache aufgestellt werden. R. VI. (83.) 302—305.

II. Absatz.

Ueber die Frage, **ob vertragswidrige Lieferungen, wenn sie als genehmigt zu gelten haben, den Rücktritt eines Wirthes von einem mit einem Brauer abgeschlossenen Bierabnahmevertrage begründen,** siehe bei Art. 354. 355 Ziff. 2 ad R. I. (31.) 63.

Art. 348.

Allgemeines.

Die Pflicht zur Monitur fällt fort im Falle des Betrugs auf Seiten des Verkäufers. Siehe hierüber bei Art. 350 ad R. I. (108.) 300. Art. 348.

Art. 349.

Abs. 2. Die Bestimmung in Art. 349, daß die Klagen gegen den Verkäufer wegen Mängel der Waare in sechs Monaten nach der Ablieferung an den Käufer verjähren, findet auch Anwendung in Fällen, wo beim Lieferungsvertrage der Käufer die abgelieferte Waare wegen mangelhafter Beschaffenheit zur Verfügung gestellt und Verkäufer sie zurückgenommen hat. R. V. (11.) 50. 51. Art. 349.

Art. 350.

Betrug in handelsrechtlichem Sinne liegt vor, wenn der Verkäufer das Bewußtsein haben mußte, daß die Waare wegen ihrer Mängel für den Käufer unannehmbar sei. Wie aus den Verhandlungen der Nürnberger Kommission (S. 1384 und 1461) hervorgeht, hatte man bei besagter Be- Art. 350.

stimmung nicht etwa einen strafrechtlichen Betrug, sondern nur den civilrechtlichen Betrug im Auge. Wenn nun auch anzuerkennen ist, daß nicht in allen Fällen, wo der Verkäufer Kenntniß von der vertragswidrigen Beschaffenheit der gelieferten Waare hat, ein Betrug im Sinne des Art. 350 vorliegen muß, vielmehr der Verkäufer, insbesondere bei unbedeutenden Mängeln, im guten Glauben handeln kann, der Käufer werde bei der von ihm sofort vorzunehmenden Untersuchung die Mängel der Waare entdecken und diese trotz ihrer vertragswidrigen Beschaffenheit annehmen, so fällt doch die Unterstellung eines solchen guten Glaubens hinweg, wenn der Verkäufer das Bewußtsein haben mußte, es sei die Waare wegen ihrer Mängel für den Käufer unannehmbar, da solchen Falles bloß die Annahme übrig bleibt, der Verkäufer habe darauf spekulirt, daß der Käufer die rechtzeitige Untersuchung und Rüge versäumen werde. Völlig zweifellos erscheint z. B. die Annahme eines Betruges im Sinne des 350 berechtigt, **wenn der Verkäufer einer zum Schutze des Käufers unter Strafandrohung gegebenen Polizeivorschrift zuwiderhandelt und hiedurch den Käufer,** der nicht voraussetzen kann, daß sich der Verkäufer einer strafbaren Handlung schuldig machen werde, **in den Glauben versetzt, es sei der in Frage stehende Mangel nicht vorhanden,** da ein solches Verhalten offenbar geeignet ist, den Käufer zu veranlassen, die rechtzeitige Untersuchung und Mängelrüge zu versäumen. R. I. (108.) 300.

Eine Genehmigung der Waare resp. ein Verzicht auf Geltendmachung der Mängel seitens des Käufers kann auch im Falle des Betruges auf seiten des Verkäufers wirksam stattfinden und selbst aus den Umständen geschlossen werden, allein die Vorschrift des Art. 347 findet dann keine Anwendung. R. I. (108.) 300.

Art. 352.

Art. 352. Ueber **Erfüllungsortsrecht** siehe Art. 336 ad R. VI. (33.) 131—134.

Art. 353.

Art. 353. Ueber **Erfüllungsortsrecht** siehe Art. 336 ad R. VI. (33.) 131—134.

Art. 354.

ad II. Zahlungsverzug des Käufers.

Art. 354. **Der Art. 354 setzt einen Verzug des Käufers mit Zahlung des Kaufpreises voraus.** Für den Fall, wo der Käufer die begehrte Erfüllung durch sein fortgesetztes vertragswidriges Verhalten unmöglich gemacht hat, hat die Bestimmung des Art. 354, daß derjenige, welcher unter den dort gegebenen Voraussetzungen statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt, diesen Schadensersatz durch einen unter Beobachtung der Vorschrift des Art. 343 vorzunehmenden Verkauf der Waare liquidiren müsse, keine Geltung, sind vielmehr nur die bezüglichen allgemeinen Prinzipien maßgebend. R. I. (31.) 64. 65.

Ueber die Frage, **ob neben den Rechten, welche die Art. 354—356 gewähren, auch noch die Auflösungsklage aus Satz 1184 bad. Landrecht (Art. 1184 Code civ.) besteht.** Siehe hierüber bei Art. 355 ad R. I. (28.) 56. 57.

ad V. b. Verkaufsselbsthilfe des Verkäufers.

Die Verpflichtung des Verkäufers, im Falle der Arglist oder des groben Versehens dem Käufer, welchem die Sache entwährt worden, das volle Interesse zu leisten, wird durch die Fassung des §. 155 I. 5. A. L.=R. nicht ausgeschlossen. R. II. (56.) 205.

Art. 355.

I. Verzug des Verkäufers mit der Uebergabe der Waare.

Bei einer Geldschuld kann eine den Schuldner befreiende Unmöglichkeit der Erfüllung nicht eintreten. Siehe hierüber bei §. 343 ad R. VI. (33.) 127. **Art. 355.**

Das A. L.=R. enthält über die Folgen der **subjektiven Unmöglichkeit der Vertragserfüllung** — abweichend vom römischen Rechte — in den §§. 40—69. I. 5 und den §§. 153 ff. I. 11 Bestimmungen, nach denen ein Anspruch auf das volle Interesse keineswegs in allen den Fällen begründet ist, in welchen das Recht die Gültigkeit und Verbindlichkeit eines Vertrages anerkannt, der Vertrag aber wegen von Anfang an vorhanden gewesener Unmöglichkeit der Erfüllung unerfüllt bleiben muß. Daraus geht hervor, daß nach preußischem Rechte ein **zur Vertragserfüllung verurtheilendes Erkenntniß, wenn eine unmögliche Handlung Gegenstand der Vertragserfüllung** und der dem Beklagten im Urtheile gemachten Auflage ist, ergehen kann, ohne daß darum ein Anspruch des Klägers auf das volle Interesse begründet zu sein braucht. Und es muß weiter geschlossen werden, daß bei einem auf eine subjektiv unmögliche Handlung des Beklagten gerichteten Urtheile die Frage, ob der Kläger das volle Interesse als Surrogat der Handlung zu fordern berechtigt ist, nur in der Art entschieden werden kann, daß das im Prozesse streitig gewesene Rechtsverhältniß darauf geprüft wird, ob sich aus demselben der Interesseanspruch rechtfertigt. — Die Anforderung, die näheren Bestimmungen für den Anspruch auf das Interesse aus dem streitig gewesenen Rechtsverhältnisse selbst herzunehmen, wird auch in dem Urth. d. Ob.=Trib.'s v. 30. Oktober 1871 (Striethorst, Arch. Bd. 84, S. 133 ff.) und in anderen Entscheidungen desselben Gerichtshofes (Entsch. Bd. 22, S. 160; Striethorst, Arch. Bd. 52, S. 309; Bd. 71, S. 223) anerkannt. R. II. (56.) 204.

Die rechtzeitige Lieferung einer vertragswidrigen Waare ist einem Verzuge in der Lieferung nicht gleichzuachten, denn es ist nicht abzusehen, wie eine Lieferung, auch wenn sie nicht vertragsmäßig ist, genügen solle, einen Verzug zu begründen. R. VI. (53.) 190.

Ist bei vereinbarter ratenweiser Lieferung eine frühere Rate ohne Rüge eines Qualitätsmangels angenommen und bezahlt, so kann wegen angeblich dennoch vertragswidriger Qualität dieser Lieferung die Annahme einer späteren, vertragsmäßig beschaffenen Rate nicht abgelehnt werden. Ein derartiger Rücktritt vom Vertrage würde einen Lieferungsverzug des Verkäufers voraussetzen. Ein solcher Verzug kann nicht bloß in dem gänzlichen Unterlassen der kontraktlichen Lieferung liegen, sondern bei einem Genuskaufe auch in der Lieferung kontraktwidriger Waare, welche nur einen erfolglosen Lieferungsversuch darstellt, und statt deren der Käufer

anderweit kontraktgemäße Lieferung als Erfüllung fordern kann: dies setzt aber voraus, daß der Käufer die gelieferte Waare als kontraktwidrig zurückweist und statt derselben Lieferung anderer Waare von kontraktmäßiger Qualität fordert, und daß dann der Verkäufer diesem letzteren Verlangen nicht nachkommt. Wenn aber der Käufer die Waare, obwohl deren Qualität kontraktwidrig ist, annimmt und bezahlt, dann kann er natürlich nicht statt derselben Lieferung anderer Waare fordern, und folgeweise der Verkäufer nicht wegen Nichtlieferung in Verzug kommen. R. I. (27.) 55.

Ueber die Frage, **ob neben den Rechten, welche die Art. 354—356 gewähren, auch noch die Auflösungsklage aus Satz 1184 bad. Landrecht (Art. 1184 Code civ.) besteht,** folgendes: Die Tendenz des H.-G.-B.'s, durch seine Bestimmungen einheitliches Recht für ganz Deutschland zu schaffen und hiermit dem Kaufmanne eine sichere Richtschnur für sein Verhalten zu geben, entspricht es, die Art. 354—356 dahin aufzufassen, daß in den dort bezeichneten Fällen, d. h. wenn der Käufer mit der Zahlung oder der Verkäufer mit der Lieferung der Waare im Verzuge ist, dem Kontrahenten nur diejenigen Rechte zustehen sollen, welche das H.-G.-B. verleiht, also die abweichenden Bestimmungen der Landesgesetze ganz außer Betracht bleiben. Ebenso zweifellos erscheint es jedoch andererseits, daß in Fällen, wo die Voraussetzungen der Art. 354—356 nicht vorliegen, bei Mangel bezüglicher Bestimmungen des H.-G.-B.'s die Landesgesetze maßgebend bleiben, insbesondere also auch das durch Satz 1184 a. a. O. für den Fall der Nichterfüllung von Vertragspflichten gewährte Auflösungsrecht seine Geltung behält. Es tritt dies sofort klar hervor, wenn man an Fälle denkt, wo es sich nicht um Unterlassung einer Zahlung oder Lieferung, sondern um Zuwiderhandlung gegen Vertragspflichten sonstiger Art handelt, z. B. die Verpflichtung, während gewisser Zeit Waaren fraglicher Art anderen nicht zu verkaufen oder von anderen nicht zu kaufen. Im vorwürfigen Falle ist die Klage auf Aufhebung des Kauf- beziehungsweise Lieferungsvertrages vom Käufer darauf gegründet, daß der Verkäufer zwar zwei Lieferungen bethätigt, jedoch nicht die vertragsmäßige Waare geliefert und zudem bestimmt erklärt habe, eine andere Waare als diese auch in Zukunft nicht liefern zu wollen. Ein Verzug des Verkäufers ist nach den hier maßgebenden Bestimmungen des badischen Landrechtes (S. 1139) weder betreffs der bereits gelieferten Waare noch betreffs der zukünftigen Lieferungen anzunehmen. Bei dieser Sachlage steht dem Käufer das Rücktrittsrecht nach Art. 355 nicht zu, kann ihm aber das minder wirksame Auflösungsrecht des L.-R.'s S. 1184 nicht verweigert werden, falls die Voraussetzungen desselben gegeben erscheinen. In letzterer Beziehung ist nun zu bemerken, daß das Gesetz (L.-R. S. 1146) zwar das Verlangen eines Schadensersatzes der Regel nach von einer Verzugssetzung abhängig macht, nicht aber auch **die Auflösungsklage des L.-R.'s S. 1184.** Begehrt daher ein Kontrahent bloß die Aufhebung des Vertrages, ohne damit Schadensersatzansprüche zu verbinden, so genügt es zur Begründung dieser Klage, daß der Zeitpunkt, wo der Gegner erfüllen sollte, eingetreten war, diese Erfüllung aber in gehöriger Weise nicht erfolgt ist. Indem das Gesetz dem Richter die Befugniß giebt, auch eine spätere Erfüllung noch als wirksam anzuerkennen, ja sogar im Urtheile selbst noch eine Nachfrist zur Erfüllung zu gewähren, erscheint den Rücksichten, welche unter Umständen der Gegenkontrahent beanspruchen kann, genügende Rechnung getragen. R. I. (28.) 56. 57.

Rechtliche Wirkung der Zusage des Verkäufers, „auf Anfordern ein Mehrquantum zu liefern", und des Versprechens des Käufers, keine Waare der fraglichen Art von einer anderen Firma zu kaufen. Hier kann der Käufer seiner Kontraktsrechte nur dann verlustig gehen, wenn der Verkäufer seinerseits alles zu liefern bereit und im Stande ist, was der Käufer bestellt; allein hieraus folgt noch nicht, daß der Käufer alsbald, nachdem der Verkäufer mit einer Lieferung in Verzug kommt, von der einen Vertragsbestimmung abgehen, im übrigen aber am Vertrage festhalten darf. Siehe hierüber bei Art. 354 und 355 Ziff. 1. ad R. III. (20.) 66.

Die bestimmte, vor Verfall ausgesprochene Weigerung des Verkäufers, zu erfüllen, berechtigt den Käufer, sich zu decken und ohne vorherige Inverzugsetzung den Schaden (die Differenz) einzuklagen. Eine Inverzugsetzung ist nicht mehr erforderlich, wenn der Verkäufer wiederholt und bestimmt erklärt hat, daß er sich an den Vertrag nicht für gebunden erachte und nicht liefern werde. Nach der im kaufmännischen Verkehre herrschenden Auffassung, welche hier maßgebend sein muß (Art. 279 H.-G.-B.), und welche auch die Natur der Sache für sich hat, kann einer solchen Erklärung nur die Bedeutung beigelegt werden, daß sie die Inverzugsetzung überflüssig macht, indem der Kontrahent, von welchem sie abgegeben worden, unter Verzicht auf jede weitere Mahnung von seiten des anderen Theiles sich den gesetzlichen Folgen unterwirft, welche einzutreten haben, wenn er gleichwohl zur Erfüllung verpflichtet sein sollte. Der Verkäufer versetzt durch eine solche zum Voraus kundgegebene Weigerung den Käufer in die Lage, wenn die Umstände, insbesondere die Nothwendigkeit, die Waare zur Lieferungszeit zu besitzen, es gebieten, sofort für Deckung durch anderweite Beschaffung zu sorgen, und es kann nicht in der Willkür des Verkäufers liegen, durch Abgehen von seiner früheren Erklärung den Käufer, welcher folgeweise die Waare doppelt anschaffen müßte, in Schaden zu versetzen. R. VII. (15.) 44.

II. Schadensersatzforderung und Berechnung des Schadens.

Auch bei Nicht-Fixgeschäften gilt die Differenz zwischen dem Marktpreise und dem Kaufpreise zur Zeit und am Orte der geschuldeten Lieferung als erwiesener Schade des Käufers, wenn dieser Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert und nach Maßgabe der Bestimmungen der Art. 355. 356 zu fordern berechtigt ist. R. VI. (14.) 58—59. [I. (88.) 247. VI. (6.) 26.]

Der Käufer darf als das Mindeste seines Schadensanspruches wegen Nichterfüllung die Differenz zwischen Kauf- und Marktpreis fordern, welche bei Beginn des Verzuges auf Seiten des Verkäufers vorhanden ist. Die nach Art. 356 dem Säumigen zu gewährende Nachfrist ist dabei zum Nachtheile des Käufers von keinem Einflusse. R. VI. (14.) 59.

Deckungskauf vor Eintritt der Erfüllungszeit des ursprünglichen Kaufes. Der Art. 355 giebt dem Käufer das dort vorgesehene Wahlrecht an sich nur unter der Voraussetzung, daß der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare im Verzuge ist, und der Art. 356 verpflichtet denjenigen Kontrahenten, welcher auf Grund der Bestimmungen des vorigen Artikels statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern will, dies

dem anderen Kontrahenten anzuzeigen und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäftes dies zuläßt, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten zu gewähren. Wenn nun der Verkäufer schon vorher bestimmt erklärt hat, daß er den fraglichen Lieferungsvertrag weder erfüllen wolle, noch könne, so erwächst hieraus einerseits dem Käufer die Befugniß, dem Verkäufer die unverzügliche anderweite Deckung für seinen, des Käufers, Geschäftsbetrieb anzudrohen und solche wirklich zu beschaffen, andererseits ist aber auch die Gestattung einer weiteren Nachfrist nach Ablauf der Lieferungsfrist völlig zwecklos geworden. Der Käufer ist aber auf die **Liquidation des Schadens nach der Differenz zwischen dem Marktpreise der Waare zu Ende der Lieferungsfrist und** dem bedungenen Kaufpreise nicht beschränkt, sondern kann diese Differenz nach **dem vollzogenen Deckungskauf** berechnen, wenn er zur ungestörten Fortführung seines Geschäftes sich zum voraus wegen des Bezuges der zu liefernden Waare sichern mußte. Diese Schadensliquidation bildet mithin einen Bestandtheil des Interesses des Käufers an der Erfüllung des mit dem Verkäufer abgeschlossenen Lieferungsvertrages. Wenn der säumige Verkäufer die Höhe der liquidirten Differenz anfechten will, so liegt es ihm ob, zu behaupten und unter Beweis zu stellen, daß sich der Käufer nach Ablauf der Lieferungszeit billiger habe decken können; keineswegs aber hat der Käufer den Nachweis zu führen, daß die Preise zur Zeit des Deckungskaufes niedriger gewesen seien. R. IV. (19.) 70. 71. [XIV. (60.) 182.]

Begründung eines Schadensanspruches des Käufers wegen Nichterfüllung eines Kaufvertrages seitens des Verkäufers. Hierüber folgendes. Ein Kaufmann kann zwar Waaren einkaufen, um ein schon vorher von ihm mit einem Dritten abgeschlossenes Verkaufsgeschäft erfüllen zu können, sodaß er, wenn er die von ihm gekaufte Waare erhält, die Bestellungen seines oder seiner Abnehmer für den ganzen Belauf der gekauften Waare schon vor sich liegen hat. Dies ist aber keineswegs als die Regel anzusehen, am allerwenigsten bei allen Arten von Waaren. Der Kaufmann kann und wird auch Waaren kaufen, um sich nach dem Abschluß eines solchen Kaufgeschäftes oder auch erst nach Empfang der gekauften Waare oder einer Probe Abnehmer zu suchen, indem er bei einer Waare, welche überhaupt einen Gegenstand des Handelsverkehres bildet, mit Sicherheit darauf rechnet und rechnen darf, daß er Abnehmer zu annehmbaren Preisen finden werde. So kann auch der Käufer die Lieferung einer ihm von Jemand verkauften Waare abwarten und bis dahin die Aufsuchung von Gelegenheiten zu deren Verkauf aufschieben. Der Verkäufer, welcher vertragsbrüchig geworden ist und nicht geliefert hat, würde sich einer unverdient günstigen Lage erfreuen, wenn er nun den durch seinen Vertragsbruch begründeten Schadensanspruch des Käufers damit abwenden könnte, daß der Käufer zu der Zeit, in welcher die Lieferung vertragsmäßig erfolgen sollte, noch keine Bestellungen auf die sämmtlichen von dem Verkäufer zu liefernden, aber nicht gelieferten Waaren gehabt habe. Es kann aber auch nicht vom Käufer der spezielle, konkrete Nachweis der Möglichkeit des Verkaufes der fraglichen Waaren seitens des Käufers verlangt werden. Es darf vielmehr ohne weiteres angenommen werden, daß eine Waare, welche einen Gegenstand des Handelsverkehres bildet, überhaupt verkäuflich sei, und es ist, wenn der Verkäufer (als Beklagter) dies in Abrede stellen will, seine Sache darzulegen und nachzuweisen, daß und aus welchen thatsächlichen

Gründen eine solche Verkaufsmöglichkeit im konkreten Falle ausnahmsweise nicht vorgelegen habe. Auch zur Beantwortung der Frage, zu welchem Preise der klagende Käufer die fragliche Waare hätte verkaufen können, und welcher Gewinn ihm dadurch entgangen ist, daß er wegen des Vertragsbruches des Verkäufers einen, den stipulirten Vertragspreis übersteigenden höheren Preis nicht hat erzielen können, bedarf es eines konkreten Nachweises nicht, wenn auch ein eigentlicher Marktpreis nicht vorliegt; es genügt vielmehr, wie bereits das Reichsoberhandelsgericht (vgl. dessen Entscheidungen Bd. 11, Nr. 60, S. 183) erkannt hat, auch wenn es sich um eine Waare handelt, welche nur an einem einzigen Orte und von einem einzigen Produzenten produzirt wird, für die Schadensberechnung die Darlegung des Preises, für welche dieser die Waare zu verkaufen pflegt, indem davon ausgegangen werden darf, daß zu dem Preise, zu welchem der Produzent aus erster Hand zu verkaufen pflegt, welcher also der möglichst niedrige ist, auch anderweite Verkäufe erfolgen können, sofern nicht seitens des Schadensersatzpflichtigen das Gegentheil dargelegt wird. So darf der Käufer seiner Schadensberechnung die Preise, zu welchen der Verkäufer die Waare in Frage verkauft hat, ebensowohl zu Grunde legen, wie die Preise, zu welchem er selbst solche regelmäßig verkauft hat. Es kommt hierbei jedoch nur auf die mittleren Preise, die Durchschnittspreise für ordentliche Waare der betreffenden Art, auf die Normalpreise an. Allerdings würde es einen Unterschied machen, ob der Käufer die Waaren im Detail oder en gros verkauft hätte, da er im ersteren Falle höhere Preise erzielt haben würde, als im letzteren. Allein dieser Umstand und die Ungewißheit, ob und in welchem Umfange in der einen oder anderen Art verkauft sein würde, macht die Aufstellung der Schadensberechnung nicht unthunlich. Es würde vielmehr der Normalpreis für beide Fälle festzustellen und dann, falls nicht die Beweisaufnahme besondere thatsächliche Momente für einen Verkauf in der einen oder anderen Art oder für das Verhältniß, in welchem theils in der einen, theils in der anderen Art verkauft sein würde, ergeben, ein Mittelpreis zwischen beiden richterlich zu arbitiren sein. R. IV. (1.) 2—5.

Die Forderung der Konventionalstrafe setzt das erfolgte Stehenbleiben des Käufers beim Vertrage im Sinne des Verlangens der Lieferung voraus. Wenn der Käufer dem Verkäufer erklärt, daß er von ihm Erfüllung nicht mehr annehme, sich dieselbe vielmehr anderweitig für seine Rechnung verschaffen werde, so kann er überhaupt auf den Vertrag in Betreff auch der Konventionalstrafe als einer noch weiter zu leistenden nicht mehr zurückgreifen. Er mag nun sein ganzes Interesse wegen der Nichtlieferung, in welchem auch das der Verspätung mit zum Ansatz kommen kann, geltend machen. Dieses Interesse aber ist nicht ohne weiteres mit der vertragsmäßigen Konventionalstrafe identisch. Ist der Verkäufer nicht mehr in der Lage, durch seine Lieferung das Fortlaufen einer Konventionalstrafe abzuwenden, so kann von einer solchen überhaupt nicht mehr die Rede sein. R. II. (9.) 29. 30. (Entsch. des R.-O.-H.-G.'s Bd. 13, S. 425.)

Aus der **vorbehaltlosen Annahme einer verspäteten Lieferung** darf nicht ohne weiteres der Verzicht auf Schadensersatz wegen der Verspätung gefolgert werden. Ist die Lieferung zu spät, im übrigen aber vertragsmäßig erfolgt, so muß der Käufer die Waare annehmen, wenn er nicht in Annahmeverzug gerathen will; l. 17. Dig de peric. 18, 6. Deßhalb kann in der Annahme derselben ein Verzicht auf irgend ein Recht, insbesondere auf

Entschädigung wegen Verspätung der Erfüllung, nicht gefunden werden. Das Gegentheil ist auch in der Entscheidung des R.-O.-H.-G.'s (Entsch. Bd. 3, Nr. 58, S. 274) keineswegs ausgesprochen. Wenn in dem dort entschiedenen Falle aus der widerspruchs- und vorbehaltlosen Empfangnahme der Lieferung in Verbindung mit der ebenso vorbehaltlos geleisteten Zahlung ohne Rüge der Verspätung eine Genehmigung der Sendung, sowie ein Verzicht auf etwaige Ansprüche wegen der zu späten Lieferung entnommen wurde, so liegt der Grund für die Annahme dieses Verzichtes nicht in der Empfangnahme der Lieferung, sondern darin, daß der Kaufpreis ohne Abzug einer Entschädigung wegen verspäteter Lieferung oder Vorbehalt eines solchen Abzuges bezahlt worden war. R. I. (9.) 21. 22.

Was bezüglich der Berechnung der Verspätungsentschädigung und bezüglich der für die Berechnung des Werthersatzes maßgebenden Zeitpunkte die **Begründung des Anspruches des Käufers auf Entschädigung, nachdem der rechtskräftig zur Lieferung und zur Entschädigung wegen verspäteter Lieferung verurtheilte Verkäufer auch nach dem Urtheil nicht geliefert hat, bezüglich des Schadensbetrages und der maßgebenden Zeitpunkte** anlangt, so muß der Berechnung des Werthersatzes der Zeitpunkt des im Vorprozesse ergangenen Judikats bez. der Exekution zu Grunde gelegt und daneben Verspätungsentschädigung unter Vergleichung der Preise zur vertragsmäßigen Erfüllungszeit und des Judikats bez. der Exekution liquidirt werden. Nur stimmt allerdings die Zeit, wonach der Werthersatz berechnet ist, nicht ganz mit jenen Grundsätzen; wenn der Werh einer Waare zur Zeit der Klage statt zur Zeit des Judikats, bez. der Exekution zu Grunde gelegt ist. Allein abgesehen davon, daß, wenn beide Zeitpunkte nicht weit auseinanderliegen, nicht ersichtlich und nicht wahrscheinlich ist, daß in der Zwischenzeit der Werth sich wesentlich geändert hat, kommt es ziffermäßig auf dasselbe hinaus, ob der Werthersatz etwas höher oder niedriger berechnet wird, da immer um so viel als der Werthersatz höher veranschlagt wird, die Verspätungsentschädigung sich vermindert. Es ist bereits vom Reichsoberhandelsgericht [XXIV. (86.) 332] bemerkt worden, daß die Liquidation nach den vorstehend angegebenen Grundsätzen zu demselben ziffermäßigen Resultat führen könne, wie die Liquidation der Entschädigung wegen Nichterfüllung statt Erfüllung. R. IV. (1.) 5—7. [XXIV. (46.) 153. (86.) 327.]

Art. 354 und 355.

I. Ueber die Ausübung des Wahlrechtes seitens des Verkäufers oder Käufers.

Art. 354 und 355. **Wenn der Verkäufer in Verzug kommt, so kann der Käufer eines der drei Rechte, welche der Art. 355 dem nicht säumigen Käufer gewährt, wählen.** Hat er sich für das dritte Recht entschieden, so kann von einem Schadensanspruche für ihn keine Rede mehr sein. Hat er sich für das zweite Recht entschieden, so kann er anderweite Käufe vornehmen und dieselben als Deckungskäufe seiner Schadensberechnung zu Grunde legen, er kann sie aber auch ganz ignoriren und seinen Schaden anders begründen. Allein, bevor der Käufer eine Erklärung, eines der beiden letzteren Rechte zu wählen, abgegeben hat, bleibt der Vertrag in seiner Totalität bestehen, und so z. B. bei einem **Versprechen des Käufers, keine Waare der frag-**

lichen Art von einer andern Firma zu kaufen, im Falle eines Verzuges des Verkäufers mit seiner Lieferung auch **das Verbot, anderweit einzukaufen.** R. III. (20.) 66.

Umwandlung einer ursprünglich auf Erfüllung durch Abnahme der Waare angestellten Klage in eine solche auf Schadensersatz. Hier handelt es sich um einen von einem Wirthe mit einem Brauer abgeschlossenen **Bierabnahmevertrag,** von welchem der Wirth später zurückgetreten ist und deßhalb vom Brauer anfänglich auf Vertragserfüllung, später aber nach Abweisung der Klage auf Schadensersatz belangt worden war. Es kann in diesem Falle nicht davon die Rede sein, daß die nach Art. 354 getroffene Wahl in unstatthafter Weise geändert worden sei, denn selbst vorausgesetzt, es sei der Fall des Art. 354 gegeben — dies ist aber nicht der Fall, weil der Art. 354 einen Verzug des Käufers mit Zahlung des Kaufpreises voraussetzt und weil sich der hier geltend gemachte Entschädigungsanspruch nicht auf Ausübung des Wahlrechtes nach Art 354, sondern darauf gründet, daß die begehrte Erfüllung vom Käufer durch sein fortgesetztes vertragswidriges Verhalten unmöglich gemacht worden ist — und es wäre das dort gewährte Wahlrecht ausgeübt und die Vertragserfüllung gewählt worden, so würde hieraus nicht folgen, daß darauf verzichtet worden sei, im Falle später die Erfüllung durch Schuld des Käufers vereitelt werden oder nicht erzwingbar sein sollte, Entschädigung wegen Nichterfüllung zu verlangen. R. I. (31.) 64. 65.

II. Ueber das Rücktrittsrecht des nichtsäumigen Kontrahenten.

Vertragswidrige Lieferungen, wenn sie als genehmigt zu gelten haben, begründen nicht den Rücktritt eines Wirthes von einem mit einem Brauer abgeschlossenen Bierabnahmevertrage. Wenn der Wirth die ersteren an ihn gemachten Bierlieferungen im Sinne des Art. 347, Abs. 2 genehmigt hat, so ist hiermit, was diese Lieferungen anbelangt, der Vertrag seitens des liefernden Brauers erfüllt, hieraus aber ergiebt sich von selbst, daß das Rücktrittsrecht, welches Art. 355 dem Käufer nur für den Fall des Verzuges in der Erfüllung giebt, sowie auch jedes andere aus dem bürgerlichen Rechte etwa herzuleitende Rücktrittsrecht, auf die schlechte Beschaffenheit jener Lieferungen nicht gegründet werden kann [R. I. (27.) 55.] Nur aus dem späteren Verhalten des Brauers kann der Wirth den Grund zum Rücktritte vom Vertrage entnehmen; er muß daher abwarten, wie die ferneren Lieferungen ausfallen. Eine Präsumtion dafür, daß wenn die früheren Lieferungen schlecht waren, auch die späteren schlecht sein werden, besteht nicht. R. I. (31.) 63. [XIV. (94.) 291.]

Voraussetzung der Abwendung des von dem nichtsäumigen Kontrahenten erklärten Rücktrittes vom Vertrage durch purgatio morae seitens des Säumigen ist, daß letzterer, weil er als in Verzug befindlich nicht nur die Folgen seiner culpa zu vertreten hat, sondern weil auch die Gefahr auf ihn in gewissem Umfange übergeht, den Käufer von der Absendung der Waare (vollendeter Verladung ders.) unverzüglich und zwar wenn möglich, telegraphisch benachrichtigt, damit der Käufer, der die bestellte Waare an einen Abnehmer abgehen zu lassen hat, nicht zur Erfüllung seiner Verpflichtungen unnöthigerweise Deckungskäufe, möglicherweise zu höheren, als den Vertragspreisen, abschließt, und daß er dem Käufer zugleich auch den

Ersatz des durch die Verspätung der Lieferung erwachsenen Schadens offerirt. R. IV. (14.) 56—58.

Art. 356.

Ad I. Allgemeines über den Art. 356 überhaupt.

Art. 356. Ueber die Frage, **ob neben den Rechten, welche die Art. 354—356 gewähren, auch noch die Auflösungsklage aus Satz 1184 bad. Landrecht (Art. 1184 Code civ.) besteht.** Siehe hierüber bei Art. 355 ad R. I. (28.) 56. 57.

Ad III. 1. Verpflichtung zur Gewährung einer angemessenen Nachfrist.

Die Nachfrist ist, wenn zu deren Gestattung weder Pflicht noch Anlaß vorlag, zu berücksichtigen, wenn der Käufer dem säumigen Verkäufer noch eine Lieferfrist (z. B. unter Vorbehalt der ihm bereits erwachsenen Schadensersatzansprüche) gestattet und letzterer diese (unter Erstattung dieser Schadensersatzansprüche) eingehalten hat. Hier kann ein weiterer Schadensersatzanspruch, z. B. ein durch einen Deckungskauf verursachter Schaden seitens des Käufers durch noch rechtzeitige Realerfüllung der Lieferung seitens des Verkäufers abgewendet werden. R. IV. (19.) 71. 72. [XIII. (86.) 245.]

Die Worte im Art. 356 **„Natur des Geschäftes“ und „Umstände“** bilden nicht einen Gegensatz in der Art, daß die Frage, ob eine Nachsicht zu gewähren sei, von der „Natur des Geschäftes“, und von den „Umständen“ nur eventuell die Dauer der zu bewilligenden Nachfrist abhänge; vielmehr ist die Bestimmung im Zusammenhange dahin zu verstehen, daß nach den konkreten Umständen des Falles, unter welchen auch die „Natur des Geschäftes“, die speziellen Vertrags-Stipulationen in Betracht kommen können, richterlich zu arbitriren ist, ob eine Nachfrist und eventuell von wie langer Dauer zu gewähren sei, daß also die Nachfrist auch dann ganz versagt werden kann, wenn zwar nicht der konkrete Vertragsinhalt, wohl aber die sonstigen konkreten Umstände in ihrer Gesammtheit die Bewilligung einer Frist verbieten. So kann z. B. von Gewährung einer Nachfrist dann nicht mehr die Rede sein, wenn nach dem Lieferungsvertrage die Waare in drei monatlichen Raten zu liefern war, der Verkäufer aber sogleich im ersten Monate im Verzuge war, obwohl er wußte, daß Käufer über die gekaufte Waare bereits anderweit disponirt hatte, und diese erste Sendung direkt an den Abnehmer des Käufers abgehen sollte. R. IV. (14.) 54—56.

Der Art. 356 will den nichtsäumigen Theil nicht zum Anbieten einer Nachfrist, sondern nur zur Gewährung einer nachgesuchten Nachfrist verpflichten. R. I. (88.) 241. [VIII. (30.) 127. IX. (38.) 126. XII. (18.) 62.]

Der säumige Verkäufer verliert dadurch nicht das Recht, das Versäumte innerhalb einer den Umständen angemessenen Frist nachzuholen (Art. 356 H.-G.-B.), wenn er nicht alsbald nach der Erklärung des Käufers, statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (Art. 355 H.-G.-B.), die Gewährung einer Nachfrist fordert. Es kann allerdings im Stillschweigen des Verkäufers auf eine diesbezügliche

Erklärung des Käufers unter Umständen ein Verzicht auf das Recht, eine Nachfrist zu verlangen, bezw. die Zustimmung zu der Uebereinkunft gefunden werden, daß an die Stelle der Realleistung Schadensersatz treten solle. Die Sache kann sich auch so gestalten, daß der Käufer nach den Umständen annehmen darf, der Verkäufer nehme Nachfrist nicht in Anspruch; der Käufer kann, wenn er daraufhin alsbald entsprechende Maßregeln trifft, z. B. Deckungskäufe abschließt, dies gegenüber dem Verkäufer, welcher nachträglich Erfüllung anbietet, geltend machen. Allein die betreffenden ausdrücklichen oder aus den Umständen zu entnehmenden Erklärungen des Verkäufers hat der Käufer darzulegen. **An sich wird die nach dem Gesetze dem säumigen Verkäufer zu gewährende Nachfrist durch dessen Schweigen nicht beseitigt.** Erfüllt er innerhalb des Zeitraumes, für welchen ihm die Nachfrist zu gewähren war, so kann der Käufer die Erfüllung nicht zurückweisen. R. VII. (27.) 79. 80.

Ad III. 2. Nichtverpflichtung zur Gewährung einer Nachfrist.

Der Käufer einer Waare kann dem Verkäufer, welcher die Lieferung derselben bestimmt verweigert hat, ohne Anlaß nicht noch eine Nachfrist setzen, und den Zeitpunkt des Ablaufes der letzteren als für die Berechnung des Schadensersatzes maßgebend geltend machen. Nach Art. 355 H.-G.-B. hat, wenn der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare im Verzuge ist, der Käufer ein dreifaches, nach seiner Wahl auszuübendes Recht: er kann die Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, oder statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, oder endlich vom Vertrage, gleich als wenn derselbe nicht geschlossen wäre, abgehen. Will der Käufer aber eine der beiden letzten Alternativen wählen, so hat derselbe, wie Art. 356 a. a. O. vorschreibt, dies dem anderen Kontrahenten anzuzeigen und letzterem, wenn die Natur des Geschäftes es zuläßt, eine angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten zu gewähren. Was nun diese Frist betrifft, so ist in Doktrin und Rechtsprechung anerkannt, daß Art. 356 dem nichtsäumigen Kontrahenten keineswegs die Pflicht auferlegt, dem säumigen unaufgefordert eine solche zu setzen, derselbe vielmehr nur auf Verlangen des letzteren sie zu bewilligen hat (v. Hahn [2. Aufl.] Art. 356, §. 15. Bd. 2, S. 375; Entsch. des Reichsgerichts in Civils. Bd. 1, S. 241). Eine Bestimmung, wie sie Art. 356 enthält, fehlte in dem preußischen Entwurfe; dieselbe ist — vgl. Entwurf 1. Lesung Art. 305, 2. Lesung Art. 334 — in das Gesetz zu Gunsten des Säumigen aufgenommen, um demselben eine nachträgliche Erfüllung zu ermöglichen und ihn so vor ungerechtfertigten Härten, welche die strikte Anwendung des Vertragsrechtes mit sich bringen möchte, zu schützen. Fällt daher jener Grund weg, z. B. weil die Erfüllung inzwischen unmöglich geworden, oder der Säumige dieselbe verweigert hat, so ist kein Anlaß zur Gewährung einer Nachfrist vorhanden. In einem Falle dieser Art hat die etwa gegebene Nachfrist keinerlei rechtliche Bedeutung, und namentlich steht auch dem nichtsäumigen Kontrahenten keine Befugniß zu, diese Frist bei Berechnung des Schadensersatzes zum Nachtheil des Säumigen geltend zu machen. In diesem Sinne haben sich denn auch sowohl die Doktrin als die Judikatur vielfach ausgesprochen (vergl. Entsch. des R.-O.-H.-G.'s Bd. 3, S. 210; Bd. 7, S. 377; Bd. 10, S. 164;

Bd. 13, S. 246; Bd. 17, S. 259; Bd. 18, S. 225; v. Hahn, Bd. 2 a. a. O. §. 17, S. 375. 403; Puchelt zu Art. 356, Nr. 6a; Anschütz und Völderndorff, Bd. 3, S. 330). Allerdings steht es dem nichtsäumigen Kontrahenten, da die Ausübung des Wahlrechts des Art. 356 nicht an eine Frist gebunden ist, der Regel nach zu, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern will, die vorgeschriebene Anzeige zu dem ihm günstigsten Zeitpunkte zu machen, wobei er dann nur auf Verlangen des Säumigen, sofern die Umstände es gestatten, eine angemessene Nachfrist gewähren muß. Daraus folgt aber nicht, daß jener Kontrahent auch dann, wenn bereits vor der Ausübung seines Wahlrechts die Erfüllung verweigert worden, beliebig und ohne Veranlassung eine Nachfrist zu setzen berechtigt wäre. Mit einer solchen Annahme würde man, wie erhellt, unmittelbar dazu gelangen, ein Spekuliren desselben auf Kosten des anderen Kontrahenten zu sanktioniren. R. V. (27.) 103—105.

Art. 357.

Allgemeines über Art. 357.

Art. 357. Aus der **vorbehaltlosen Annahme einer verspäteten Lieferung** darf nicht ohne weiteres der Verzicht auf Schadensersatz wegen der Verspätung gefolgert werden. Siehe hierüber bei Art. 355 namentlich ad R. I. (9.) 21. 22.

Ueber Fixgeschäft im Allgemeinen.

Abs. 1. Ein **Bierabnahmevertrag** kann die Natur eines Fixgeschäftes haben. Hier können der Vertragsgegenstand nach dem Willen der Kontrahenten nur die ordnungsmäßigen Bierlieferungen innerhalb eines bestimmten Sudjahres sein, so daß also spätere Lieferungen als Vertragserfüllung nicht in Betracht kommen können. Verträge dieser Art, bei welchen ausnahmsweise die Zeit der Erfüllung von wesentlicher Bedeutung ist, können auch außer dem Falle des Fixgeschäftes vorkommen [V. (104.) 437], wenn der Vertragswille ersichtlich auf eine Stipulation dieses Sinnes gerichtet ist. R. I. (31.) 64.

Zum **Begriff der Fixgeschäfte.** Fixgeschäfte im Sinne des Art. 357 sind nicht alle Kaufgeschäfte, in welchen dem Verkäufer zur Erfüllung eine gewisse Zeit oder Frist gesetzt ist, sondern nur diejenigen, für welche die Innehaltung dieser Zeit oder Frist einen wesentlichen Bestandtheil seiner Leistung bilden soll. R. I. (88.) 241. [IX. (112.) 406. XIII. (60.) 168.] R. VI. (6.) 26.

Abs. 3. Das Schadensersatzprinzip des Art 357 Abs. 3 ist, obwohl nur für die Fixgeschäfte vorgeschrieben, doch, weil dasselbe aus einer allgemeineren Natur der Sache folgt, **den Umständen nach auch auf Nichtfixgeschäfte anwendbar.** R. I. (88.) 240. [XIV. (42.) 142. XXI. (80.) 248.] R. VI. (6.) 26.

Bei der sogenannten abstrakten Schadensberechnung im Sinne des Art. 357 Abs. 3 H.-G.-B. ist der Regel nach der Marktpreis des Ablieferungsortes entscheidend. Wenn der Käufer beim Verzuge des Verkäufers nicht einen durch die Nichtlieferung der Waare ihm erwachsenen konkreten Schaden ersetzt verlangt, sondern eine sogenannte abstrakte

Werthsberechnung aufstellt, also die Differenz zwischen dem bedungenen Preise der Waare und ihrem Marktpreise fordert, so wird für letzteren der Regel nach nur der Ablieferungsort, das ist derjenige Ort bestimmend sein, an welchem nach der Absicht der Kontrahenten die Waare thatsächlich abgeliefert und vom Käufer in Empfang genommen werden soll. An letzterem Orte würde der Käufer die Waare, falls sie vertragsmäßig geliefert worden, in sein Vermögen bekommen und zu seinen Geschäftszwecken verwendet haben; hier also wird der Käufer beim Ausbleiben der Waare geschädigt und sein Anspruch auf Ausgleichung dieses Schadens ist deßhalb regelmäßig nach den Preisverhältnissen des gedachten Ortes zu bemessen. (Vgl. Entsch. d. R.-O.-H.-G.'s Bd. 21, S. 248; v. Hahn, Komm. z. Handelsgesetzbuch Bd. 2 [2. Aufl.], S. 404, Note 22.) R. VI. (6.) 26. 27.

Abs. 3. Bei einer abstrakten Schadensberechnung im Sinne des Art. 357 Abs. 3 H.-G.-B. kann der Preis des maßgebenden (Ablieferungs-)Ortes durch den Marktpreis anderer benachbarter Orte bestimmt oder bewiesen werden (vgl. Entsch. des R.-O.-H.-G.'s Bd. 14, S. 141; v. Hahn, Kommentar a. a. O. §. 11). R. VI. (6.) 28.

Art. 359.

Die Untrennbarkeit eines ganzen, verschiedene Sorten einer Waare umfassenden Geschäftes darf nicht identificirt und verwechselt werden mit der Theilbarkeit des Lieferungsobjektes. Daraus, daß das Objekt des Vertrages eine theilbare Sache ist, folgt nicht, daß der Verkäufer dem Käufer Theillieferungen aufnöthigen, bezw. anbieten darf, ohne sich einer Vertragsverletzung schuldig zu machen. R. IV. (2.) 8 (Siehe hierüber noch bei Art. 343 eodem.) Art. 359.

Dritter Titel.

Von dem Kommissionsgeschäfte.

Art. 360.

Abs. 1. Unterscheidungsmerkmale zwischen Verkauf und Verkaufskommission. Siehe hierüber bei Art. 337 ad R. V. (21.) 84—87. Art. 360.

Ueberseeische Verkaufskonsignation. Wenn man im allgemeinen die Rechtsverhältnisse, wie sie durch Uebersendung von Waaren an in Deutschland domicilirende Exporthäuser zum Zweck überseeischer Verkaufskonsignationen begründet zu werden pflegen, betrachtet, so wird als Regel die Begründung zweier Kommissionsverhältnisse anzusehen sein, von denen das eine zwischen dem Versender und dem deutschen Exporthause, das zweite zwischen letzterem und dem überseeischen Verkaufskonsignatar entsteht, und von denen das erstere eine Kommission zur Ertheilung von Verkaufskommissionen an einen überseeischen Verkaufskonsignatar mit Verpflichtung des deutschen Exporthauses zur Sorgfalt bei Auswahl des Konsignatars und bei Ertheilung der Instruktionen an denselben, zur Mittheilung der erhaltenen Auskünfte, zur Geltendmachung aller ihm gegen den überseeischen Konsignatar zustehenden Rechte und zur Herausgabe alles von diesem letzteren aus dem vollführten Verkauf ihm Zugeflossenen darstellt. (Vgl. Entsch. d. R.-O.-H.-G.'s Bd. 8, S. 119 fg. und Bd. 22,

S. 80.) **Der überseeische Konsignatar tritt in die Verpflichtungen des einheimischen Exportkommissionärs als Mitverpflichteter durch wiederholte Bezeichnung desselben als „unser dortiges Haus" u. ä. in direkter Korrespondenz des Konsignatars mit dem Waareneigenthümer ein.** Daß jemand wirksam die Haftung aus einem von einem anderen eingegangenen Vertragsverhältnisse als Solidarschuldner neben jenem dem Gegenkontrahenten gegenüber durch eine entsprechende Willenserklärung übernehmen kann, auch wenn der Begriff der Bürgschaft auf die Erklärung nicht zutrifft, läßt sich nicht bezweifeln. (Vgl. Unger, die Verträge zu Gunsten Dritter S. 89; Bruns in Zeitschrift f. Rechtsgeschichte Bd. 1, S. 98; Behrend in Zeitschrift für Gesetz- und Rechtspflege Bd. 4, S. 440. 442 Note 19. 23. 24.) Es erscheint aber hierzu insbesondere im Handelsverkehr, nicht eine Erklärung, welche auf solchen Rechtseffekt mit ausdrücklichen Worten gerichtet ist, erforderlich. Vielmehr genügt es unter anderem, wenn die betreffende Person innerhalb der durch das fremde, noch nicht erledigte Vertragsverhältniß geschaffenen rechtlichen Beziehungen dem einen Kontrahenten gegenüber handelnd auftritt mit der Erklärung eines Verbundenseins mit dem anderen Kontrahenten, welches dessen Rechte und Pflichten aus dem Vertrage zugleich zu den seinigen mache, und mit dem darauf gegründeten Anspruche, daß sein Handeln als auch ihm zustehende Pflichten- oder Rechtsbethätigung aus jenem Vertrage dem Gegenkontrahenten gegenüber gelten solle. Dies Handeln mit gedachtem Anspruche weist darauf hin, daß nicht blos die Mittheilung von Thatsachen ein vorhandenes internes Verhältniß betreffend, sondern der Ausdruck eines auf Begründung eines Rechtsverhältnisses zum Gegenkontrahenten gerichteten Willens vorliegt. Entscheidend erscheint es nicht, daß die als vorhanden angegebene Verbindung mit dem einen der Kontrahenten rechtlich nicht bestimmter bezeichnet ist. Auch wenn man die durch Bezeichnung des andern Hauses als „unser Haus", der von ihm geschlossenen Verträge als „unsere Verträge" und ähnliches gekennzeichnete Verbindung nur im Sinne der losesten handelsgewerblichen Vereinigung, nämlich zu dem betreffenden einzelnen Handelsgeschäft für gemeinschaftliche Rechnung, verstehen will, so gilt doch für solche nach Art. 269 H.-G.-B. die solidarische Berechtigung und Verpflichtung aller auftretenden Theilnehmer gegen den Dritten. Wer also mit dem Verpflichtungswillen dem Dritten seine Theilnehmerschaft auch nur an solcher für das betreffende Geschäft geschlossener Vereinigung erklärt, der erklärt auch damit, für dieses Geschäft als Solidarschuldner haften zu wollen. R. V. (4.) 11—16.

Art. 361.

Art. 361. **Der Einkaufskommissionär kann auf Grund der Auftragsausführung vom Kommittenten Erstattung der Preisaufwendung gegen Lieferung der Werthpapiere in genere nicht fordern, wenn er die gekauften und dem Kommittenten noch nicht durch Konstitut übergebenen Species zu eigenem Nutzen wiederverkauft hat.** Ist jemand zur Abnahme von Effekten und Zahlung eines Betrages für dieselben nur deßhalb bezw. dann verbunden, weil bezw. wenn die Effekten infolge seines Antrages gekauft sind und gedachter Betrag dafür aufgewendet worden ist, so besteht sein nächstes Interesse daran, daß er nur abzunehmen und zu bezahlen hat, wenn gedachter Rechtsgrund auch wirklich entstanden und in Wirkung geblieben ist. Bei Wahrung dieses Interesses mag es dann wegen der Fungibilität der Effekten gleich-

gültig sein, ob die Auslieferung gerade durch Lieferung der betreffenden Specis erfolgt. Auch mag jener Rechtsgrund in Wirkung bleiben, wenn die Verfügung über die eingekauften Species unter sofortiger Ergänzung aus dem sonstigen vorhandenen Effektenbestand oder doch unter fortdauernder Ergänzungszulänglichkeit und Bereitschaft dieses Bestandes geschieht. Verkauft aber der Kommissionär die zur Erfüllung des Auftrages von Dritten für Rechnung des Kommittenten eingekauften Stücke wieder zu eigenem Nutzen, ohne daß solche Substitution stattgefunden hat, so ist es nicht möglich, die hierdurch seiner Auslage für den ursprünglichen Einkauf für Rechnung des Kommittenten zu Theil werdende Deckung zu ignoriren. Ob der Kommittent in solchem Falle die Ergebnisse des Wiederverkaufes der noch nicht in sein Eigenthum übergegangenen Stücke von allgemeinen Grundsätzen des Mandats aus für sich in Anspruch nehmen kann, mag dahingestellt bleiben. Kann er es, so kann sicher jene geschehene Verfügung nicht für unerheblich, noch eine Rechnung für begründet erachtet werden, welche den Auftraggeber mit dem Ankaufspreise belastet, aber die Ergebnisse des Wiederverkaufs ignorirt. Jedenfalls kann aber auch dem Auftraggeber das Recht nicht verschränkt werden, unter Zurückweisung der Ergebnisse jenes Verfahrens über die Effekten seine Verpflichtung aus dieser Ausführung des Einkaufsauftrages abzulehnen, weil dieselbe in ihrer ihn verbindenden Wirkung durch die Verfügung über das Gut, bevor es Eigenthum des Auftraggebers geworden, seitens des Kommissionärs zu eigenem Nutzen wieder beseitigt worden. Der einseitige Wille des Kommissionärs, den Kommittenten in der Verpflichtung aus dem einmal ausgeführten Auftrage erhalten und den Wiederverkauf zu eigenem Nutzen außer Beziehung zu dem Geschehenen setzen zu wollen, erscheint unzulänglich. Setzt man noch dazu eine laufende Rechnung voraus, in welcher der Kommittent in Höhe des Einkaufspreises mit dem Zeitpunkt der Anzeige der Auftragsausführung belastet wird und den Kaufpreis von diesem Zeitpunkte zu verzinsen hat, so würde ein solches Verfahren ökonomisch eine Wiederentleihung der Effekten ohne entsprechende Zinsvergütung seitens des Kommissionärs darstellen, welche nicht ohne den Willen des Kommittenten stattfinden kann. Selbstverständlich können diese Grundsätze nicht zur Anwendung kommen, **wenn von den Kontrahenten** etwas anderes, insbesondere **die Verpflichtung des Kommittenten zur Zahlung des Marktpreises des angezeigten Auftragserfüllungstages gegen bloße Lieferungsbereitschaft in genere im Zeitpunkte solcher Zahlung, gewollt ist.** Aber nicht die Fungibilität der Effekten, sondern die von den Kontrahenten gewollte Ersetzbarkeit des eigentlichen Rechtsgrundes der Verpflichtung durch die Verpflichtung der Lieferung in genere bei angebotener Zahlung ist hierbei das Entscheidende. **Solcher Wille kann auch aus den Umständen gefordert werden. Unstatthaftigkeit der Folgerung, wenn Kommittent vergeblich Nummernaufgabe gefolgert hat. Erstreckung der Pflicht der Auskunftsertheilung des Kommissionärs auf den Nachweis der Identität der angebotenen mit den in Erfüllung des Auftrages gekauften Species im letztgedachten Falle.** Die Angabe der gekauften Species gehört mit zu der erforderlichen Auskunftsertheilung, auf welche der Kommittent ein Recht hat, um, auch wenn dem Kommissionär für die Nichtwiederveräußerung eine Vermuthung zur Seite steht, die Thatsache des Fortbesitzes kontrolliren zu können. Aber auch von jener Vermuthung kann nicht mehr die Rede sein, wenn der Kommittent während des bestandenen Geschäftsverkehres wiederholt

vergeblich Nummernverzeichniß begehrt hat und der Kommissionär ihm das Recht hierzu ohne Grund bestreitet und nur Lieferung in genere anbietet. Der Kommissionär muß alsdann im Bestreitungsfalle beweisen, daß es die in Erfüllung des Auftrages gekaufte Species sei, die er in Lieferungsbereitschaft habe, bezw. aus welchem Grunde die Auftragsausführung, obwohl er jene Species nicht mehr habe, doch ihre den Auftraggeber zur Erstattung verbindende Wirkung behalten habe. R. V. (1.) 1—7.

Art. 368.

Art. 368. Das römische Recht kennt nur gewisse in den Gesetzen speciell aufgeführte **Fälle der fingirten Cession**; der allgemeine Satz aber, daß in allen **Fällen der erzwingbaren Cession** eine fingirte Cession eintrete, findet in den Quellen des römischen Rechtes keine genügende Begründung und ist mit anderweitigen Rechtsprinzipien nicht wohl vereinbar; auch liegt kein Grund vor, ihn auf den Fall anzuwenden, wo Jemand ein Forderungsrecht lediglich auf den Grund hin sich aneignen will, daß dieses Recht in seinem Auftrage erworben sei. So kann z. B. der Fall, daß ein Mandatar ohne Nennung des Mandanten für eigenen Namen kontrahirt, die fingirte Cession des Forderungsrechtes auf den ungenannten Auftraggeber selbst dann nicht zur Folge haben, wenn das Geschäft die Veräußerung einer dem Mandanten gehörigen Sache betraf. Für Fälle ähnlicher Art, nämlich für die von einem kaufmännischen Kommissionär abgeschlossenen Geschäfte, schreibt Art. 368 Abs. 1, welcher hierin auf dem Boden des römischen Rechtes steht, vor, daß der Kommittent die Forderungen seines Kommissionärs, welcher in eigenem Namen zu kontrahiren hat, dem dritten Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen könne; und wenn auch der Abs. 2 desselben Artikels dem Kommittenten ein Separationsrecht an den nicht abgetretenen Forderungen des Kommissionärs gegenüber von diesem und dessen Gläubigern einräumt, so ist damit das im ersten Absatz des fraglichen Gesetzartikels zum Ausdruck gekommene gemeinrechtliche Prinzip nicht aufgehoben, sondern nur im Hinblick auf die besondere Natur der kaufmännischen Kommission in gewissem Maße modificirt. R. I. (116.) 314. 315. R. II. (43.) 167. 168.

Ob die von dem Käufer der Waare an den Kommissionär gezahlten Gelder Eigenthum des Kommittenten sind, folgt aus den Vorschriften des Handelsgesetzbuches nicht. Der preußische Entwurf desselben hatte in Art. 283 eine entgegenstehende Vorschrift: „Geldsummen in Metallgeld oder Papiergeld, welche der Kommissionär von dem Kommittenten oder für denselben empfängt, gehen in das Eigenthum des Kommissionärs über, und dieser wird Schuldner solcher Summen." Im Laufe der Verhandlungen ist die Streichung dieses Artikels beschlossen, weil man vorzog, diese Frage den einschlagenden Grundsätzen des Civilrechtes zu überlassen (Protokolle S. 1195). (Bezüglich des gemeinen Rechtes kann auf das Urtheil des R.-O.-H.-G. vom 22. Januar 1875 [Entscheid. Bd. 16, S. 267], bezüglich des preußischen Rechtes auf das Urtheil des II. Strafsenates des R.-G. vom 25. Juni 1880 [Entsch. Bd. 2, S. 186], bezüglich des sächsischen Rechtes auf die Art. 203. 254. 1310. 1311 des bürgerlichen Gesetzbuches [vgl. das Urtheil des R.-O.-H.-G. vom 23. Dez. 1874; Entsch. Bd. 16, S. 207] verwiesen werden.) R. A. IV. (35.) 63—65. Siehe auch bei §. 246 des R.-St.-G.-B. eodem.

Art. 371.

Abs. 1. **Der Einkaufskommissionär kann auf Grund der Auftragsausführung vom Kommittenten Erstattung der Preisaufwendung gegen Lieferung der Werthpapiere in genere nicht fordren, wenn er die gekauften und dem Kommittenten noch nicht durch Konstitut übergebenen Species zu eigenem Nutzen wiederverkauft hat.** Siehe hierüber bei Art. 361 ad R. V. (1.) 1—7. **Art. 371.**

Art. 374.

Der Kommissionär hat wegen seinen Auslagen **nicht blos ein Zurückbehaltungsrecht, sondern auch ein gesetzliches Pfandrecht.** — In dem durch Art. 374 gewährten Pfandrechte ist auch das **Recht** enthalten, **das Kommissionsgut bis zur Befriedigung** des Gläubigers wegen derjenigen Forderungen, für welche dasselbe als Pfand haftet, **im Besitze zu behalten, und** es ist dieses Recht **nicht dahin eingeschränkt, daß es nur zum Zwecke sofortiger Ausübung des Verkaufsrechtes geltend gemacht werden könnte.** Zumal wenn die Forderung, für welche der Kommissionär das Pfandrecht in Anspruch nimmt, bestritten ist, kann es demselben nicht verwehrt werden, den nach Art. 310, 375 auf seine Gefahr stattfindenden einseitigen Pfandverkauf zu unterlassen und dennoch das Pfand in seinem Gewahrsame zurückzubehalten, bis der Streit erledigt ist. Aber auch abgesehen von dem Falle des Streites ist, wie nach gemeinem Rechte beim Pfandrechte überhaupt (vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2, S. 145), so auch beim gesetzlichen Pfandrechte des Kommissionärs die Wahl des Zeitpunktes des Verkaufs dem Ermessen des Pfandgläubigers überlassen (vgl. Goldschmidt Handbuch des Handelsrechtes Bd. 1, Abth. 2, S. 913. 947). — **Auch die Deposition des Forderungsbetrages seitens des Kommittenten hebt das Pfandrecht nicht auf und nöthigt den Kommissionär nicht zur Herausgabe des Kommissionsgutes.** Wenn dem Kommisssonär blos ein Retentionsrecht zusteht, so mag es richtig sein, daß er das Kommissionsgut nicht mehr zurückbehalten kann, wenn der Betrag seiner Forderungen, wegen welcher er retinirt, von dem Kommittenten zum gerichtlichen Depositum hinterlegt worden ist. Es steht ihm aber ein Pfandrecht zu und es kann dem Pfandgläubiger, nach den in Ermangelung handelsrechtlicher Vorschriften in Anwendung kommenden Grundsätzen des bürgerlichen Rechts, nicht zugemuthet werden, sich gegen Bestellung anderweiter Sicherheit seines Pfandrechtes zu begeben. Im Gebiete des gemeinen Rechtes ist der Pfandgläubiger zur Herausgabe des Pfandes verpflichtet, wenn er befriedigt wird oder freiwillig statt des Pfandes andere Sicherheit annimmt; dagegen kann er nicht wider seinen Willen von dem Verpfänder durch Stellung anderweiter Sicherheit zur Herausgabe des Pfandes genöthigt werden (l. 10 Dig. de pignorat. act. 13, 7; l. 6, §§. 1. 2. Dig. quib. mod. pign. solv. 20, 6). R. I. (112.) 304. 305. **Art. 374.**

Talons unterliegen nicht dem Pfandrechte, welches nach Art. 374 H.-G.-B. dem Kommissionär an dem Kommissionsgute zusteht. Sie können nicht als „Kommissionsgut" im Sinne des Art. 374 H.-G.-B. betrachtet werden. Zwar sind unter dem Kommissionsgut, an welchem dem Kommissionär ein gesetzliches Pfandrecht eingeräumt ist, ohne Zweifel auch Werthpapiere und insbesondere auch Papiere auf den Inhaber zu

verstehen, sofern solche nicht bloß Legitimations- oder Beweisdokumente, sondern Träger einer (wenigstens in gewissem Sinne) selbständigen Obligation sind, so daß die Forderung sich gewissermaßen in ihnen verkörpert. Diese Eigenschaft kann aber z. B. den Talons der preußischen Staatsschuldverschreibungen nicht zugesprochen werden. Denn nach dem maßgebenden preußischen Gesetze vom 18. März 1869, betreffend die Ausgabe von Talons zu den preußischen Staatsschuldverschreibungen, erfolgt zwar die Ausreichung neuer Zinsbogen an den Inhaber der Talons, im Falle des Widerspruches aber an den Inhaber der betreffenden Schuldverschreibung. Hiernach erscheint aber der Talon, obwohl er auf den Inhaber lautet, weder als Träger einer auf Aushändigung neuer Zinsscheine gerichteten, von der Hauptschuld abgelösten Obligation, noch als ein zum Umlaufe bestimmtes Werthpapier, sondern lediglich als zu dem Zwecke ausgestellt, dem Inhaber der Hauptobligation die ihn gefährdende Vorlegung der Schuldverschreibung selbst zu ersparen. Er ist nur ein Legitimationspapier, dessen Bedeutung lediglich auf der vorläufigen Annahme beruht, daß sein Inhaber auch zugleich Inhaber der Schuldverschreibung selbst oder doch von diesem zur Erhebung der Zinsbogen ermächtigt sei. Diese Annahme verleiht aber dem Talon keinen selbständigen Vermögenswerth, weil der Inhaber der Hauptobligation mittelst deren Vorlegung jederzeit berechtigt ist, sie zu entkräften und die Zinscoupons seinerseits zu erheben, so daß der Talon sich nur als eine Pertinenz der Hauptobligation darstellt. Aus dem Mangel eines selbständigen Vermögens- und mithin auch Verkaufswerthes des Talons folgt dann aber auch, daß der Gesetzgeber nicht daran gedacht haben kann, ihn als Gegenstand des Pfandrechts zu betrachten, da dessen wesentlicher Inhalt gerade in der Befugniß des Gläubigers besteht, sich durch den Verkauf des Pfandes Befriedigung zu verschaffen. Ohne zugleich Inhaber der Hauptobligation zu sein oder einen Anspruch auf dieselbe dem Inhaber gegenüber zu besitzen, würde der Inhaber solchen Talons auch nicht als redlicher Erwerber desselben betrachtet werden können. Die blos faktische Möglichkeit, sich durch einen Verkauf des Talons oder durch die Erhebung neuer Zinscoupons auf Grund desselben einen Vermögensvortheil zu verschaffen, ist nicht geeignet den rechtlichen Mangel eines selbständigen Verkaufswerthes des Talons zu widerlegen. (Dies zugleich über die **rechtliche Natur des Talons.**) R. III. (44.) 154. 155.

Art. 376.

I. Absatz.

Art. 376. Der Satz: **„wenn der Kommittent nicht ein Anderes bestimmt hatte,“** bezieht sich nur darauf, daß der Kommittent dem Kommissionär die Ausführung der Kommission „in sich“ untersagt, nicht aber darauf, daß er die Kommission selbst zurückgenommen oder modificirt hatte. R. VI. (13.) 51.

II. Absatz.

Verpflichtung des Kommissionärs zur Rechenschaftsablegung. Hier folgender Fall: Der Kommissionär, mit dem Verkauf von Werthpapieren beauftragt, erhält nach ertheiltem Auftrage vom Kommittenten die Weisung, daß er nicht verkaufen solle, wenn er der Ansicht sei, das Ende der Baisse sei eingetreten. Der Kommissionär ist aber als Selbstkontrahent eingetreten. Hier hat der Kommittent den bestimmt ertheilten Verkaufsauftrag bestehen

lassen, und nur den Zeitpunkt des Verkaufes in die Meinung des Kommissionärs verstellt. Es liegt hierin kein Verkaufsverbot, noch ein Widerruf des Auftrages. Wenn aber dem Kommissionär eine Erklärung, wie hier, gegeben wird, so ist er verpflichtet, bei seiner Rechenschaftsablage darzulegen, daß der Umstand, wovon der Kommittent den Nichtverkauf abhängig machte, nicht eingetreten sei, oder warum er trotzdem die Kommission ausgeführt habe. Der Kommissionär kann sich in einem solchen Falle nicht darauf beziehen, daß in Art. 376 Abs. 2 die Rechenschaft des übernehmenden Kommissionärs auf den Nachweis der Einhaltung des Börsenpreises beschränkt sei; denn diese Bestimmung setzt, wie der ganze Artikel, eine schlechthin ertheilte Kommission voraus. Wie es aber bei der Ausführung einer in solcher Weise modificirten Kommission durch Verkauf an einen Dritten der besonderen Berücksichtigung des fraglichen Umstandes bei der Rechenschaftslegung bedarf, so kann von derselben bei der Selbstübernahme um so weniger abgesehen werden, wenn, wie hier, die Selbstübernahme darauf deutet, daß die vom Kommittenten ins Auge gefaßte Eventualität eingetreten ist. Es genügt also nicht, daß der Kommissionär trotz anhaltender Baisse Veranlassung haben konnte, die Papiere zu übernehmen, sondern der Kommissionär muß darlegen, daß und warum er es im Interesse des Kommittenten gelegen erachtet habe, die Kommission auszuführen. (Hierbei bildet die Sorge für das Wohl des Kommittenten keinen Grund, gegen dessen Willen zu handeln, ebensowenig der Umstand, daß der Kommissionär die Geschäfte mit dem Kommittenten abbrechen wollte.) R. VI. (13.) 52. 53.

Der Nachweis, daß bei dem berechneten Verkaufspreise seitens des Kommissionärs der zur Zeit bestehende Börsenpreis eingehalten sei, gehört nach Art. 376 Abs. 2 zu der dem Kommissionär obliegenden Rechenschaft über den Abschluß des Kaufgeschäftes; diesen Nachweis, welcher durch Beifügung des Kurszettels zu erbringen ist, braucht aber der Kommissionär nur auf Verlangen des Kommittenten zu liefern; ein solches Verlangen wird jedoch nur selten gestellt werden, da theils der Kommittent dem Kommissionär vertraut, daß er den Börsenkurs nicht überschreitet, theils der Kurszettel regelmäßig auch dem Kommittenten ohne eine Mittheilung des Kommissionärs zugänglich ist. R. I. (105.) 290.

Pflicht des Kommissionärs, der Vorschrift des Kommittenten gemäß zu verfahren. Werden dem Kommissionär vom Kommittenten über den Verkauf gewisse Vorschriften ertheilt, so kann sich ersterer bei seiner Rechenschaftsablage nicht darauf beziehen, daß in Art. 376 Abs. 2 die Rechenschaft des übernehmenden Kommissionärs auf den Nachweis der Einhaltung des Markt- und Börsenpreises beschränkt sei, denn diese Bestimmung setzt, wie der ganze Artikel, eine schlechthin ertheilte Kommission voraus. Der Kommissionär hat vielmehr bei seiner Rechenschaftsablage darzulegen, daß der Umstand, wovon der Kommittent nach seinen ertheilten Vorschriften den Verkauf abhängig gemacht hat, nicht eingetreten sei, oder warum er trotzdem die Kommission ausgeführt habe. Wie es aber bei der Ausführung einer in solcher Weise modificirten Kommission durch Verkauf an einen Dritten der besonderen Berücksichtigung des fraglichen Umstandes bei der Rechenschaftslegung bedarf, so kann von derselben auch nicht bei der Selbstübernahme abgesehen werden, namentlich dann nicht, wenn die Selbstübernahme darauf deutet, daß die vom Kommittenten ins Auge gefaßte Eventualität eingetreten ist. R. VI. (13.) 52.

III. Absatz.

Voraussetzungen der Berechtigung des Verkaufs- oder Einkaufs-Kommissionärs zum Eintritt als Selbstkontrahent nach Art. 376.

Daß der Kommittent, wenn der Kommissionär in seiner Ausführungsanzeige eine andere Person als Käufer nicht namhaft macht, nach Art. 376 die Befugniß erlangt, den Kommissionär selbst als Käufer in Anspruch zu nehmen und daß der Kommissionär aus der unterlassenen Benennung eines anderen Käufers nicht Rechte herleiten und das Zustandekommen eines Propregeschäftes geltend machen könne, dies ist eine Auffassung, die einer Entscheidung des vormaligen preuß. Obertribunals vom 20. Nov. 1866 zu Grunde liegt, die aber das vormalige Reichsoberhandelsgericht in zahlreichen Entscheidungen als rechtsirrthümlich reprobirt. Das Reichsgericht schließt sich der namentlich in dem Urtheile des R.-O.-H.-G.'s vom 26. Januar 1876 (Entsch. Bd. XIX. S. 355 ff.) näher begründeten, mit der Rechtsprechung des vormaligen O.-A.-G.'s zu Lübeck (vgl. Seuffert's Archiv Bd. 24, Nr. 68) im Einklang stehenden Auffassung der R.-O.-H.-G.'s an. Unrichtig ist es, wenn bei dem Kommissionsgeschäfte die Ausführung des Kommissionsauftrages einerseits und das Zustandekommen eines Proprekaufes andererseits als Gegensätze behandelt werden oder wenn angenommen wird, der Kommissionsauftrag als solcher werde nur dadurch ausgeführt, daß der Kommissionär das aufgetragene Geschäft mit einem Dritten abschließe, mit dem Kommissionsauftrage sei aber zugleich die Offerte zum eventuellen Abschlusse eines Proprekaufes verbunden, welcher letztere dann dadurch perfekt werde und nur dadurch perfekt werden könne, daß der Kommissionär in der Ausführungsanzeige die Acceptation der Offerte zu einem Proprekauf erkläre, wogegen, wenn der Kommissionär diese Erklärung nicht in der Ausführungsanzeige angebe, die Offerte als abgelehnt gelte, und folgeweise der Kommissionär später nicht mehr seinen Eintritt als Selbstkontrahent erklären könne. Der Kommissionsauftrag ist nichts weiter, als das Wort besagt; eine Offerte zu einem Proprekauf enthält derselbe nicht, und es ist ganz gleichgültig, ob der Kommittent daran gedacht hat. Nach der historischen Entwickelung des Kommissionsgeschäftes hat sich, wie in der oben allegirten Entscheidung des R.-O.-H.-G.'s ausgeführt ist (vgl. auch Grünhut, Kommissionshandel §. 43), die Befugniß des Kommissionärs festgestellt, nach seiner Wahl, welche jedoch in den in der allegirten Entscheidung des R.-O.-H.-G.'s S. 359 a. a. O. angegebenen Fällen cessirt, die Kommission entweder durch einen Abschluß mit einem Dritten oder durch den Eintritt als Selbstkontrahent auszuführen. Der Eintritt als Selbstkontrahent ist daher nichts von der Ausführung des Auftrages Verschiedenes, sondern nur eine Art der Ausführung des Kommissionsauftrages; der Commissionär führt den Auftrag aus, indem er das aufgetragene Geschäft nicht mit einem Dritten, sondern „in sich" abschließt. Der Kommissionär ist auch in der Ausübung seines Wahlrechtes keineswegs in der Art zeitlich beschränkt, daß die Ausführungsanzeige die betreffende Erklärung bei Verlust des Eintrittsrechtes enthalten müßte; die Uebung des Handelsstandes, an welche Art. 376 sich angeschlossen hat, ist vielmehr im Gegentheil die, daß die Ausführungsanzeige, obwohl die Kommissionsaufträge großentheils durch Eintritt des Kommissionärs als Selbstkontrahent ausgeführt werden, selten eine ausdrückliche Erklärung darüber, ob die Ausführung des Auftrages in der einen oder anderen alternativen Weise erfolgt sei, resp.

erfolgen solle, enthält. Da der Kommittent regelmäßig nur ein Interesse dabei, daß das Geschäft überhaupt gemacht wird, hat, es ihm aber gleichgültig ist, ob das Geschäft mit einem Dritten oder von dem Kommissionär in sich gemacht wird, da ferner der Kommissionär dem Kommittenten seine Geschäftsverbindungen nicht ohne Noth aufdeckt, so wird es in den meisten Fällen gänzlich mit Stillschweigen übergangen, in welcher der beiden Arten die Kommission ausgeführt ist, **jedenfalls darf aber der Kommissionär, wenn er seine Wahl nicht in der Ausführungsanzeige bereits erklärt hat, dies noch später ohne Zeitbeschränkung nachholen,** so lange das Wahlrecht nicht durch einen besonderen gesetzlichen Grund seine Endschaft erreicht hat. R. I. (105.) 288. 289. [R. VI. (12.) 46--49.]

Aus der Bestimmung im Art. 376 Abs. 3, wonach der Kommittent den Kommissionär als Selbstkontrahenten in Anspruch nehmen darf, wenn derselbe nicht in der Ausführungsanzeige einen Dritten als Käufer oder Verkäufer namhaft macht, läßt sich a contrario nicht folgern, daß der Kommissionär, wenn er diese Namhaftmachung bei der Kaufs- oder Verkaufsanzeige unterlassen hat, nicht das Recht habe, dem Kommittenten gegenüber als Selbstkontrahent aufzutreten. Dieses **Recht des Kommissionärs** folgt schon aus Art. 376 Abs. 1. 2 bei richtiger Auslegung, und Abs. 3 hat dem Kommittenten nur ein korrespondirendes Recht als Gegengewicht gegen einen etwaigen Mißbrauch des dem Kommissionär eingeräumten Wahlrechtes, namentlich für den Fall einer **Verzögerung der Erklärung über die Ausübung des Wahlrechtes,** gegeben. — **Nach Abs. 3. bedarf es zum Eintritt des Kommissionärs als Selbstkontrahenten einer Erklärung der Willensübereinstimmung,** wie solche zur Perfektion eines Vertrages nöthig ist, **nicht.** Wie der Kommissionär nach seiner Wahl das aufgetragene Geschäft in sich selbst ausführen kann, ohne der Zustimmung des Kommittenten zu bedürfen, so kann der Kommittent nach Abs. 3 den Kommissionär als Selbstkontrahenten behandeln, ohne dessen Zustimmung zu bedürfen. **Die Erklärung über seine Wahl darf** also **der Kommissionär noch später abgeben,** nur muß sie noch rechtzeitig erfolgen. R. I. (105.) 290. 291. [R. VI. (12.) 47.]

Der Kommissionär braucht dem Kommittenten seinen Eintritt als Selbstkontrahent nicht sofort in der Ausführungsanzeige oder innerhalb einer bestimmt begrenzten Zeit zu erklären, er **kann** vielmehr **seine Erklärung, daß er die Kommission durch Eintritt als Selbstkontrahent ausgeführt habe, im Falle eines Prozesses noch rechtzeitig in der Klagebeantwortung abgeben.** R. VI. (12.) 47. [XIX. (106.) 355—364. R. I. (105.) 290. 291.]

Es besteht keine zeitliche Grenze für die Befugniß des Kommittenten, den Kommissionär als Selbstkontrahenten in Anspruch zu nehmen. (Art. 376 Abs. 3 H.-G.-B.) Nach der historischen Entwickelung des Kommissionsgeschäftes wird der Kommissionär als befugt angesehen, nach seiner Wahl die Kommission entweder durch einen Abschluß mit einem Dritten, oder durch den Eintritt als Selbstkontrahent auszuführen; der Eintritt als Selbstkontrahent ist daher nichts von der Ausführung des Auftrags Verschiedenes, sondern nur eine Art der Ausführung des Kommissionsauftrags; der Kommissionär führt den Auftrag aus, indem er das aufgetragene Geschäft nicht mit einem Dritten, sondern „in sich" abschließt. Der alternativen Befugniß des Kommissionärs nach Abs. 1 des Art. 376 korrespondirt die alternative Befugniß des Kommittenten

nach Abs. 3 des Art. 376. Die eine so wenig wie die andere Befugniß ist durch eine bestimmte zeitliche Grenze beschränkt, und sie kann es nach den Zwecken des Kommissionsgeschäftes nicht sein. Der Kommissionär hat, um seine Geschäftsverbindungen nicht unnöthig aufzudecken, ein Interesse daran, den Namen des Dritten, mit welchem er das aufgetragene Geschäft abschließt, seinen Kommittenten zu verschweigen, und das Gesetz ermächtigt ihn hierzu. Der Kommissionär macht hiervon auch bei gewissen Geschäften regelmäßig Gebrauch. Es wird daher in der Ausführungsanzeige des Kommissionärs nur sehr selten der Name eines dritten Kontrahenten genannt; die Anzeige wird zwar gewöhnlich so gefaßt, als ob das Geschäft mit einem ungenannten Dritten abgeschlossen wäre; das ist aber nur Geschäftsstyl; es ist daraus nicht zu schließen, daß der Kommissionär das Geschäft nicht als Selbstkontrahent habe ausführen wollen und ausgeführt habe. Es bleibt vielmehr bei und nach der Anzeige regelmäßig noch in suspenso, ob der Auftrag in der einen oder anderen Art ausgeführt ist; der Kommittent fragt nicht danach, weil es ihm nur darauf ankommt, daß der Auftrag ausgeführt wird, aber ganz gleichgültig ist, auf welche der beiden alternativen Arten er ausgeführt wird. In ganz gleicher Weise und aus gleichen Gründen, wie bei der Ausführungsanzeige bleibt die Frage, in welcher Art der Auftrag ausgeführt wird, auch bei der Lieferung und deren Annahme in suspenso, weil der Kommissionär ein Interesse hat, sich nicht darüber auszusprechen, der Kommittent aber kein Interesse hat, das Nähere zu erfahren. Dieser Punkt erlangt nur in den Ausnahmefällen Bedeutung, wenn die Erfüllung ganz oder theilweise unterbleibt oder wenn sich hinterher ein Mangel der Erfüllung ergiebt. Durch die Lieferung als solche erklärt also der Kommissionär nicht, daß er nicht als Selbstkontrahent liefern wolle und liefere; ebensowenig erklärt der Kommittent durch die Annahme der Lieferung, daß er die Lieferung als Ausführung durch ein vom Kommissionär mit einem Dritten geschlossenes Geschäft annehme und auf Behandlung des Kommissionärs als Selbstkontrahent verzichte. Lieferung und Annahme der Lieferung sind vielmehr für die Frage der Art der Ausführung des Geschäfts neutrale, nicht konkludente Momente. Die Lösung dieser Frage bleibt regelmäßig bis dahin aufgeschoben und darf bis dahin aufgeschoben bleiben, daß sich ein praktisches Bedürfniß für den Einen oder Anderen ergiebt, diese Lösung durch eine Erklärung oder Handlung herbeizuführen bezw. zu provoziren. Die Annahme, daß eine solche Erklärung spätestens bei der Lieferung oder deren Annahme erfolgen müsse, würde den Zweck des Art. 376 ebenso beeinträchtigen, wie die Annahme, daß die Erklärung spätestens bei der Ausführungsanzeige erfolgen müsse, da die Lieferung bei gewissen Geschäften regelmäßig gleichzeitig mit der Ausführungsanzeige geschieht oder doch derselben auf dem Fuße folgt. Schon der Wortlaut des Gesetzes spricht für die Annahme, daß die Abgabe der Erklärung des Kommissionärs und ebenso diejenige des Kommittenten, von den ihnen in Abs. 1 bezw. Abs. 3 des Art. 376 beigelegten Befugnissen Gebrauch zu machen, nicht durch eine zeitliche Grenze beschränkt ist. Bezüglich der Befugniß des Kommissionärs nach Abs. 1 ist dies auch bereits wiederholt entschieden. Bezüglich der Befugniß des Kommittenten nach Abs. 3 liegt eine solche Entscheidung noch nicht vor; indeß sprechen gegen eine zeitliche Beschränkung ganz dieselben Gründe, wie bezüglich des Abs. 1. Im Abs. 3 ist auch mit voller Deutlichkeit ausgesprochen: daß, wenn der Kommissionär nicht

zugleich mit der Ausführungsanzeige eine andere Person als Käufer oder Verkäufer namhaft mache, der Kommittent befugt sei, den Kommissionär selbst als Käufer oder Verkäufer in Anspruch zu nehmen. Der Kommittent hat also diese Befugniß, wenn nicht in oder bei der Ausführungsanzeige ein dritter Kontrahent namhaft gemacht wird, erworben, und er behält dieses Recht, ohne daß es einer weiteren alsbaldigen Erklärung von seiner Seite bedarf. Daß ein Verzicht auf dieses erworbene Recht in der Annahme der Lieferung für sich allein nicht liegt, folgt aus dem oben Ausgeführten von selbst. Wenn der Kommissionär thatsächlich ein Geschäft mit einem Dritten nicht abgeschlossen, sondern die Waaren, deren Einkauf ihm aufgetragen ist, aus seinem eigenen Vorrathe geliefert und in der geschäftsüblichen Weise dem Kommittenten in der Ausführungsanzeige über die Art der Ausführung keine nähere Mittheilung gemacht hat, dann würde der Kommittent bei einem sich nachher ergebenden Erfüllungsmangel rechtlos sein; einen Dritten würde er nicht in Anspruch nehmen können, weil ein solcher nicht existirt, den Kommissionär nicht, weil gegen den Kommittenten zu fingiren wäre, daß das Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen sei. Wenn dagegen gesagt wird, der Kommittent könne solcher Unzuträglichkeit durch einen von ihm bei der Annahme der Lieferung zu erklärenden Vorbehalt vorbeugen, so ist darauf zu entgegnen, daß der Kommittent zu solcher Kautel keine Veranlassung hat, da die Verschweigung eines Geschäftsabschlusses mit einem Dritten lediglich im Interesse des Kommissionärs liegt, und es daher näher liegt, daß der Kommissionär durch alsbaldige Benennung des Dritten, mit welchem er abgeschlossen hat, die Selbsthaftung abwendet und dem Kommittenten die Möglichkeit, den Dritten in Anspruch zu nehmen, verschafft. Will der Kommissionär aber den Dritten nicht nennen, dann muß er sich auch die Konsequenz der Selbsthaftung gefallen lassen. So faßt der Handelsstand die Sache auf, und dieser Auffassung ist durch Abs. 3 des Art. 376 Rechnung getragen. (Ob der Kommissionär die Selbsthaftung überhaupt noch später dadurch abwenden kann, daß er dem Kommittenten nachträglich den Namen des Dritten, mit welchem er das Geschäft abgeschlossen hat, nennt, und Cession seiner Rechte gegen den Dritten offerirt, ist hier nicht entschieden.) — Kommt es auf Seite des Kommittenten zu einer Klage, in welcher der Kommissionär als Selbstverkäufer in Anspruch genommen wird, und erklärt erst hier der letztere in seiner Klagebeantwortung, daß er fragliche Waare zum Zwecke der Ausführung der Einkaufskommission von einem Dritten gekauft habe, so ist diese Erklärung jedenfalls zu spät abgegeben. Es ist hierbei auch ohne Einfluß, wenn etwa der Kommittent in der Klage ein reines Kaufgeschäft behauptet hätte und erst eventuell in der Replik sich auf das ihm als Kommittenten aus Art. 376 Abs. 3 zustehende Recht berief, denn es handelt sich um ein und dasselbe Rechtsgeschäft und ist es gleichgültig, wenn der Kommittent dasselbe in der Klage unrichtig juristisch konstruirt und diese Konstruktion erst in der Replik berichtigt hat. — Wenn der Kommissionär durch Nichtnennen des Dritten auch noch 30 Jahre lang der Gefahr eines Eviktionsanspruches ausgesetzt und in Ungewißheit bleibt, ob und welche Rechte der Kommittent gegen ihn noch geltend machen könne und wolle, so kann diese mehr oder weniger bequeme Situation des Kommissionärs um so weniger einen entscheidenden Grund abgeben, da die Verschweigung seiner Geschäftsverbindungen lediglich in seinem Interesse liegt, und es nur von ihm abhängt, sofort den Dritten,

mit welchem er abgeschlossen, zu nennen und dadurch mögliche Weiterungen abzuwenden. Eben weil dem Kommissionär die Verschweigung seiner Geschäftsverbindungen gestattet wurde, mußte das Gesetz den Kommittenten in der in Abs. 3 des Art. 376 vorgesehenen Weise gegen mögliche Nachtheile schützen. R. IV. (25.) 92—98.

Der Kommissionär kann, wenn er die Einkaufs- und Verkaufs-Aufträge des Kommittenten thatsächlich durch Abschlüsse mit Dritten ausgeführt hat, im Prozesse nicht seinen Eintritt als Selbstkontrahent gemäß Art. 376 H.-G.-B. erklären. R. VI. (12.) 46—49. [R. VI. (13.) 53. 54.] Hierbei ist jedoch noch folgendes zu bemerken: **Die Abschlüsse des Kommissionärs mit Dritten können einen doppelten Zweck haben;** sie können entweder unmittelbar die Ausführung der Kommission eines bestimmten Kommittenten enthalten, also für dessen Rechnung erfolgen, oder sie können für die eigene Rechnung des Kommissionärs erfolgen, um diesen in den Stand zu setzen, Aufträge, welche ihm von seinen Kommittenten bereits ertheilt sind oder ihm in Zukunft ertheilt werden können, durch Eintritt als Selbstkontrahent auszuführen. Letzterenfalls sind die in den Abschlüssen mit Dritten stipulirten Preise für das Propregeschäft mit dem Kommittenten nicht unbedingt maßgebend; vielmehr kann der Kommissionär dem Kommittenten auch die diesem ungünstigeren Börsenpreise in Rechnung stellen, sofern er nicht dadurch aus besonderen Gründen mit seiner Vertragspflicht dem Kommittenten gegenüber in Widerspruch tritt. Ob die Abschlüsse mit dem Dritten zu dem einen oder anderen Zwecke erfolgten, ist eine thatsächliche Frage, und muß der Kommittent, wenn er den Eintritt des Kommissionärs als Selbstkontrahent nicht zulassen will, bestimmt und substanzirt behaupten, daß seine dem Kommissionär ertheilte Kommission durch den Abschluß mit einem Dritten hat ausgeführt werden sollen und wirklich ausgeführt worden ist. R. VI. (12.) 48.

Rechtliche Bedeutung der Präzisirung der vom Kommissionär über die Ausführung der Kommission gemachten Anzeigen durch spätere Erklärungen. Der Kommissionär hat unter der Voraussetzung des Art. 376 H.-G.-B. die Wahl, ob er die Kommission durch Abschluß mit Dritten oder durch Eintritt als Selbstkontrahent ausführen will. Ist er aber einmal nach der einen oder der andern Richtung vorgegangen, so ist er gebunden, das heißt, er kann dem Kommittenten gegenüber nur diejenige Art der Ausführung der Kommission geltend machen, welche wirklich stattgefunden hat. Als Selbstkontrahent tritt der Kommissionär ein, indem er dies dem Kommittenten erklärt. Diese Erklärung gilt als erfolgt, sobald sie behufs ihrer Absendung abgegeben ist (Art. 377 H.-G.-B.). Hat der Kommissionär die Ausführung des Auftrages ohne nähere Angabe angezeigt, so kann darin die Erklärung liegen, als Selbstkontrahent einzutreten, aber auch die Anzeige, mit einem Dritten kontrahirt zu haben. Aeußert sich nun der Kommissionär später dem Kommittenten gegenüber dahin, er sei als Selbstkontrahent eingetreten, so liegt darin eine Präzisirung der ersten Erklärung in dem Sinne, der Kommissionär habe durch seine erste Erklärung als Selbstkontrahent eintreten wollen, und der Kommittent hat dieses Rechtsverhältniß anzuerkennen, wenn er nicht den Beweis führt, daß der Kommittent mit einem Dritten abgeschlossen habe. **Geht die Aeußerung aber dahin, er habe mit einem Dritten kontrahirt, so** liegt hierin begrifflich keine Willenserklärung, sondern nur ein Referat, es wird kein Rechtsver-

hältniß begründet, sondern es wird mitgetheilt, daß ein solches begründet worden sei. Ist diese Mittheilung richtig, was auf Verlangen der Kommissionär darzuthun hat, so hat der Kommittent das Rechtsverhältniß anzuerkennen; ist sie nicht richtig, so ist eben der Auftrag nicht ausgeführt. Jedenfalls aber **ist durch diese Aeußerung die Möglichkeit, die erste allgemeine Anzeige der Ausführung des Auftrages als Erklärung des Eintritts als Selbstkontrahent aufzufassen und nachträglich in diesem Sinne zu präzisiren, ausgeschlossen.** Es kann dahingestellt bleiben, ob der Kommissionär eine derartige, über die Ausführung des Auftrages abgegebene Erklärung als irrthümlich erfolgt zurücknehmen (die Zulässigkeit der Zurücknahme einer solchen Erklärung „auf Grund erweislichen Irrthums" ist anerkannt worden im Urth. I. Civilsenats vom 7. Dez. 1881 i. S. W. u. C. B. w. J. Rep. I. 182/81) und darlegen kann, daß die erste allgemeine Ausführungsanzeige als Eintrittserklärung beabsichtigt gewesen. Jedenfalls würde der Kommittent den Irrthum substanziirt darzulegen und nöthigenfalls die betreffenden Umstände zu beweisen haben. R. VI. (13.) 53–56. [R. VI. (12.) 46–49.]

Ueber **das Verhältniß des Art. 376 Abs. 3 zu Art. 184 des H.-G.-B.'s**, namentlich über die Wirkung des Umstandes, daß eine Aktienkommanditgesellschaft von ihrem Zeichner dessen noch nicht volleingezahlte Aktien in Verkaufskommission genommen, auf die Verpflichtung des Zeichners zur Vollzahlung siehe bei Art. 184 ad R. II. (13.) 41—43.

In **Ausdrücken wie: „begeben", „abliefern", Erlös"** kann nicht die Erklärung des Kommissionärs, daß er den Auftrag durch Abschluß mit einem Dritten abgeschlossen habe, gefunden werden. Es mag zugegeben werden, daß jene Ausdrücke sprachlich eine solche Deutung zulassen. Aber die tägliche Uebung im Kommissionsgeschäft spricht gegen eine solche Auslegung. Die Kommissionäre gebrauchen regelmäßig solche Ausdrücke in ihren Ausführungsanzeigen, ohne daß sie daran denken, eine Wahl unter den beiden Alternativen treffen und dem Kommittenten eine Erklärung über die getroffene Wahl abgeben zu wollen; sie gebrauchen solche Ausdrücke, wenn sie eben über die Ausübung der Wahl eine Erklärung überhaupt noch nicht abgeben, sich vielmehr die Wahl oder eine Erklärung darüber noch für eine spätere Zeit vorbehalten wollen. R. I. (105.) 290.

Rechte des Kommissionärs dem Kommittenten gegenüber im Falle des Eintrittes als Selbstkontrahent, namentlich **wenn der Kommittent dem Kommissionär zum Verkaufe bereits ausgelooste Loospapiere übersendet.** Wenn bei der Ertheilung der Verkaufskommission beide Theile von der Voraussetzung ausgegangen sind, daß, wovon in Börsengeschäften regelmäßig ausgegangen wird, Gegenstand des Geschäftes Prämien-Antheilscheine seien, welche noch nicht ausgeloost worden, und wenn trotzdem vom Kommittenten bereits ausgeloosté Loospapiere übersendet werden, so hat er etwas Anderes (aliud) geliefert, als Gegenstand des Geschäftes war. Und wenn dann der Kommissionär den Auftrag durch Eintritt als Selbstkäufer ausführt, so ist ihm in dieser Eigenschaft die **Kaufklage** gegen den Kommittenten als Verkäufer eingeräumt, denn der Kommittent hat die ihm nunmehr als Verkäufer obliegenden Pflichten nicht erfüllt, indem er dem Kommissionär als Käufer etwas Anderes geliefert, als dieser gekauft hat. Der Kommissionär kann daher in einem solchen Falle mit Recht fordern, daß der Kommittent durch nachträgliche Lieferung solcher Stücke, wie er ihm verkauft, den Ver-

trag vollständig erfülle. (Entsch. des R.-O.-H.-G.'s Bd. XIV. S. 370. 371; Bd. XX. Nr. 98. 108. 109.) Die Art. 347. 349 finden keine Anwendung, weil der Kommittent, hier Verkäufer, nicht eine an einem Qualitätsmangel leidende Sache, sondern ein aliud geliefert hat. Es kommt auch, wenn Vertragserfüllung gefordert wird, nicht darauf an, ob den einen oder andern Theil oder beide der Vorwurf eines Versehens trifft, und event. welcher Partei das größere Versehen zur Last fällt. Auch wenn dem Kommissionär ein überwiegendes Versehen, weil er z. B. nicht alsbald untersucht, ob nicht unter den übersandten Stücken bereits ausgelooste sich befanden, zur Last fallen sollte, würde der Kommittent von der Verpflichtung zur Lieferung vertragsmäßiger Stücke nicht frei sein. Wenn der Kommissionär seine Klage nicht einfach auf Umtausch, vielmehr alternativ nach Wahl des Kommittenten auf Rückzahlung des für die ausgeloosten Papiere gezahlten Kaufpreises gegen Rückgabe der Papiere stellt, so ist dieser alternative Antrag auch dann begründet, wenn man dem Kommissionär, welcher als Selbstkäufer eingetreten ist, nicht die Kaufklage gegen den Kommittenten auf Erfüllung des Kaufvertrages einräumen wollte (vgl. Grünhut, Kommissionshandel S. 485), sondern nur die **Mandatsklage.** In diesem Falle würde der Kommittent jedenfalls nicht den ihm vom Kommissionär übersandten höheren Kaufpreis für nicht ausgelooste Antheilscheine behalten können, während der Kommittent ihm nur ausgelooste Scheine geschickt hat, der Kommissionär also dafür den Preis von nicht ausgeloosten Werthpapieren weder bei einem Verkaufe an einen Dritten, noch bei der Uebernahme als Selbstkäufer erlösen konnte. R. I. (105.) 292. 293.

Art. 377.

Art. 377. Der Art. 377 H.-G.-B. enthält eine Anwendung des im gemeinen sowohl als im preußischen Rechte anerkannten Grundsatzes, daß der Auftraggeber dem Beauftragten gegenüber zum beliebigen Widerrufe des Auftrages berechtigt ist, mit voller rechtlicher Wirkung jedoch nur solange und soweit, als noch res integra ist, daß dagegen der Auftraggeber dasjenige gelten lassen muß, was der Beauftragte auf Grund des Auftrages vor dessen Widerruf bereits gethan hat. Art. 377 bezweckt nun der Erklärung des Kommissionärs gegenüber, daß er gemäß Art. 376 H.-G.-B. als Selbstkontrahent eintrete, die rechtliche Wirkung eines Widerrufes des Kommissionsauftrages seitens des Kommittenten festzustellen, und er bestimmt, daß der Eintritt als Selbstkontrahent nicht mehr mit rechtlicher Wirkung erklärt werden könne, wenn die Widerrufserklärung des Kommittenten bei dem Kommissionär eingetroffen sei, „bevor die Anzeige des Kommissionärs von der Ausführung des Auftrages behufs ihrer Absendung abgegeben sei." Unzweifelhaft ist also der Widerruf des Kommittenten nicht geeignet, der Erklärung des Kommissionärs, daß er als Selbstkontrahent eintrete, die rechtliche Wirkung zu entziehen, wenn vor dem Eintreffen des Widerrufes des Auftrages seitens des Kommittenten bei dem Kommissionär der letztere die Anzeige über die Ausführung zur Absendung abgegeben hat. Was nun die Frage anlangt, welchen Inhalt die zur Absendung abgegebene Anzeige des Kommissionärs über die Ausführung des Auftrages haben muß, um die Wirkungslosigkeit des Widerrufes des Kommittenten zu bewirken, so entscheidet das Reichsgericht abweichend von der bisherigen Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts [VIII. (21.) 95. 96], daß **eine allgemeine Ausführungsanzeige des Kommissionärs, in welcher es noch dahingestellt gelassen ist, ob der**

Kommissionär den Auftrag des Kommittenten durch Abschluß mit einem Dritten oder durch Eintritt als Selbstkontrahent ausgeführt habe, gegenüber einem späteren Widerrufe des Auftrages durch den Kommittenten, wenn erst nach diesem Widerrufe der Kommissionär erklärt, daß der Auftrag durch Eintritt des Kommissionärs als Selbstkontrahent ausgeführt sei, rechtliche Wirksamkeit habe. Die allgemeine Anzeige über die Ausführung einer Verkaufskommission, welche selbstverständlich die wesentlichen Erfordernisse jedes Kaufvertrages, also namentlich in Bezug auf das Objekt des Verkaufes und den stipulirten Preis ergeben muß und nur noch dahingestellt läßt, ob ein Dritter oder der Kommissionär selbst der Käufer sei, kann nicht als etwas so Bedeutungsloses angesehen werden, daß man sagen könnte, es sei noch res integra. Durch diese Anzeige ist vielmehr bei den meisten Kommissionsgeschäften, auf welche Art. 376 H.-G.-B. überhaupt Anwendung leidet, die in Art. 361 H.-G.-B. begründete Anzeigepflicht des Kommissionärs dergestalt erschöpft, daß eine weitere Anzeige darüber, ob der Kommissionär den Auftrag durch Abschluß mit einem Dritten oder in sich ausgeführt hat, nicht mehr erfolgt, weil der Kommittent kein Interesse daran hat, zu erfahren, ob der Auftrag in der einen oder anderen Art ausgeführt ist, der Kommissionär aber ein Interesse daran hat, seine Geschäftsverbindungen nicht ohne Noth offen zu legen. Es ist daher in der Rechtsprechung des Reichsgerichts angenommen, daß der Kommissionär sich zunächst auf eine solche allgemeine Ausführungsanzeige beschränken und die nähere Erklärung über die Art der Ausführung einer späteren Zeit, in welcher ein praktisches Bedürfniß dazu eintritt, vorbehalten darf. Dadurch wird der Kommittent auch nicht in die Willkür des Kommissionärs gegeben; vielmehr würde umgekehrt der Kommissionär in einer das Kommissionsgeschäft auf die bedenklichste Art bedrohenden Weise der Willkür des Kommittenten preisgegeben werden, wenn man nach der Angabe einer solchen allgemeinen Ausführungsanzeige des Kommissionärs noch einen willkürlichen Widerruf des Kommittenten zulassen wollte. Der Kommittent könnte, wenn nach der allgemeinen Ausführungsanzeige die Konjunkturen sich plötzlich ändern, durch einen nachträglichen Widerruf, welchen er erklärte, bevor der Kommissionär Veranlassung gehabt, sich über die Art der Ausführung näher zu erklären, den Schaden aus dem vom Kommissionär in seinem Auftrage ausgeführten Geschäfte dem Kommissionär aufbürden. Daß das nicht angeht, ist einleuchtend. Es ist auch nicht erfindlich, warum im Art. 377 unter der „Anzeige von der Ausführung des Auftrages" etwas Anderes verstanden sein soll, als im Art. 361 und im Art. 376 Abs. 3, wo unter der Ausführungsanzeige nur die allgemeine Anzeige, welche die Art der Ausführung dahingestellt sein lassen darf, verstanden ist. Es ist vielmehr auch im Art. 377 nur eine allgemeine Ausführungsanzeige gemeint. R. VII. (32.) 96—100.

Vierter Titel.

Von dem Speditionsgeschäfte.

Art. 386.

Die einjährige Verjährung der Klage gegen den Spediteur ist nicht Art. 386.
ausgeschlossen, wenn das Gut durch bösliche Handlungsweise der Leute

des Spediteurs abhanden gekommen ist. Siehe hierüber bei Art. 408 Abs. 3 ad R. VII. (40.) 129. 130.

Art. 387.

Voraussetzungen, unter welchen der Spediteur schadensersatzpflichtig ist, welcher den ihm ertheilten Auftrag, das Speditionsgut gegen Seegefahr zu versichern, durch Versicherung desselben „frei von Beschädigung außer im Strandungsfalle“ ausführt. Das Handelsgesetzbuch bestimmt in Art. 387. 367 Abs. 2, daß der Spediteur wegen Unterlassung der Versicherung des Speditionsgutes nur dann verantwortlich ist, wenn er von dem Kommittenten den Auftrag zur Versicherung erhalten hat; es enthält dagegen keine Bestimmung darüber, in welcher Weise der Spediteur den ihm ertheilten Versicherungsauftrag auszuführen hat. Ist ihm hierüber von dem Auftraggeber keine Weisung ertheilt, so gilt er als beauftragt, nach eigenem Ermessen sowohl über die Person des Versicherers, als über den Inhalt des Versicherungsvertrages bestmöglich Bestimmung zu treffen. Daß er hiebei die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes anzuwenden hat, ergiebt sich aus Art. 380 H.-G.-B. oder, wenn man mit dem vormaligen Reichsoberhandelsgericht, Entsch. Bd. 2, S. 267, den Versicherungsauftrag von dem Speditionsauftrag unterscheidet, aus Art. 378. 361 ebenso wie aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes in Verbindung mit Art. 282 H.-G.-B. Diese Grundsätze kommen auch dann zur Anwendung, wenn zu bestimmen ist, in welcher Weise Güter gegen Seegefahr versichert werden sollen, bezüglich deren die Versicherungsgesellschaften nach den bei ihnen geltenden allgemeinen Versicherungsbedingungen eine Versicherung regelmäßig nur in beschränkter Weise übernehmen, weil diese Güter von der Art sind, daß sie nicht allein durch Seeunfälle, sondern auch schon durch die Seereise als solche bei gewöhnlichem Verlaufe derselben leicht Beschädigungen erleiden, weßhalb die Gesellschaften es vorziehen, zur Abschneidung der schwer zu entscheidenden Frage, ob im einzelnen Falle die Beschädigung auf diese oder auf jene Weise entstanden sei, die Versicherung nur unter der Klausel „frei von Beschädigung“ oder „frei von Beschädigung außer im Strandungsfalle“ (Art. 855 bis 857 H.-G.-B.) oder nur unter Befreiung von gewissen Prozenten des Versicherungswerthes (Art. 851 H.-G.-B.) zu übernehmen. Ob derartige Güter unter den von den Versicherungsgesellschaften angenommenen allgemeinen Bedingungen, also nur in beschränktem Umfange, zu versichern seien, oder ob zu versuchen sei, durch eine außergewöhnliche Abmachung eine vollständige Versicherung derselben zu erlangen, hat der mit der Versicherung beauftragte Spediteur in Ermangelung einer ausdrücklichen desfallsigen Erklärung des Auftraggebers nach bestem Ermessen selbst zu bestimmen, ohne zu einer vorgängigen Anfrage bei dem Auftraggeber verpflichtet zu sein. Er darf und muß hierbei als vermuthlichen Willen des Auftraggebers unterstellen, daß die Versicherung in der gewöhnlichen Weise, also unter den allgemeinen Versicherungsbedingungen und für die hiernach zu bemessende Prämie erfolgen solle. Er darf dies umsomehr unterstellen, da bei gewissen Gütern diejenigen Beschädigungen, welche auf die gewöhnliche Einwirkung der Seereise zurückgeführt werden können, sich nicht als Unfälle derselben, gegen deren nachtheilige Folgen die Versicherung schützen soll, mithin der Auftrag, Versicherung zu nehmen, hierauf an sich nicht zu beziehen ist. Er darf demnach annehmen, daß der Auftraggeber, wenn er eine Versicherung unter

außergewöhnlichen Bedingungen, unter Anlegung einer höheren als der gewöhnlichen Prämie beabsichtigte, ihm dieserhalb eine besondere Weisung ertheilt haben würde. Dies trifft um so mehr zu, wenn der Auftraggeber ein Kaufmann ist, dem es bekannt sein konnte und mußte, daß Seetransporte regelmäßig nicht in allen Richtungen durch Versicherung gegen die Folgen äußerer schädlicher Einwirkungen geschützt werden können und daß derjenige, welcher sich auch gegen die ordentlicherweise zur Last des Versicherten bleibenden Nachtheile durch Versicherung schützen will, die Uebernahme eines solchen außergewöhnlichen Risiko abseiten des Versicherers nur durch Bewilligung einer Prämie von ungewöhnlicher Höhe erlangen kann. R. VI. (31.) 114—117.

Fünfter Titel.

Von dem Frachtgeschäfte.

Erster Abschnitt.

Vom Frachtgeschäfte überhaupt.

Art. 390.

Der Schleppvertrag ist ein Frachtvertrag, wenn das zu schleppende Fahrzeug dem Schleppschiffer zum Transporte übergeben wird. Ein solcher Vertrag trägt alle Merkmale des Frachtvertages an sich. Der Transport wird durch das Schleppschiff allein, nicht von dem Absender mit Hülfe des Schleppschiffes bewirkt. Daß das zu schleppende Fahrzeug nicht an Bord des Schleppschiffes übernommen, sondern demselben angehängt wird, schließt die Annahme eines Frachtvertrages nicht aus. Wenn nicht einmal die Anwendung von Transportmitteln zum Wesen desselben gehört [XIII. (48.) 133], so ist es um so weniger wesentlich, in welcher Weise das zum Transporte dienende Fahrzeug zu diesem Behufe verwendet wird. Die in der Literatur verschieden beantwortete (vgl. einerseits Goldschmidt, Handbuch 2. Auflage Bd. 1, S. 615 Note 20; andererseits Thöl, Handelsrecht Bd. III. §. 4 Note 7) in der Rechtsprechung des vormaligen Obertribunals zu Berlin (Striethorst, Archiv Bd. 57, S. 121; Gruchot, Beiträge Bd. 14, S. 862) und des vormaligen Reichsoberhandelsgerichtes [XXIII. (108.) 320—324] verneinte Frage, ob die Schleppschifffahrt unter den Begriff des Frachtvertrages falle, wenn das geschleppte Schiff dem Schleppschiffer nicht übergeben wird, ist hier nicht behandelt. R. VI. (27.) 99. 100. Art. 390.

Der Schleppvertrag ist nicht als Frachtvertrag aufzufassen, wenn das geschleppte Schiff dem Schleppschiffer nicht übergeben wird. Er kann nach preußischen Recht als Werkverdingung aufgefaßt werden. Der Frachtführer übernimmt das Gut, um dasselbe zu transportiren, er transportirt dasselbe, bewahrt es während des Transports und liefert es nach vollendetem Transport ab. Er übernimmt also neben der Beförderung begriffsmäßig die custodia. Daß der Frachtführer nach allen diesen Richtungen seine Funktionen von Anderen vornehmen lassen kann, ist für seine begriffsmäßige Haftung bedeutungslos. Auch wenn er den Transport oder einzelne darauf bezügliche Handlungen Dritten (Unterfrachtführern) über-

tragen hat, bleibt doch seine Haftung als Frachtführer die gleiche. (Entsch. des R.-O.-H.-G.'s Bd. IX. Nr. 27, S. 90.) Der Schleppschiffer dagegen erhält das Gut nicht übergeben, hat dasselbe nicht zu bewahren, noch nach vollendeter Beförderung abzuliefern. Er übernimmt lediglich die Fortbewegung des Schiffes. Der Schleppvertrag hat also einen wesentlich anderen Inhalt als der Frachtvertrag. Dies ist auch die Auffassung des Obertribunals. (Erk. v. 24. Nov. 1864 bei Striethorst, Bd. 57, S. 121; Erk. v. 18. Febr. 1869 bei Gruchot, Bd. 14, S. 862). Nicht entgegen steht das Erkenntniß vom 28. April 1857, in welchem der Rheinische Senat den Schleppvertrag als entreprise de transport par eau auffaßt und darum nach Art. 632 Code de commerce die Kompetenz des Handelsgerichts anerkennt. (Ebenso der Pariser Cassationshof. Arrêt v. 24. Febr. 1841 bei Sirey 1841 p. 427. — Im Arrêt vom 25. Febr. 1874 wird davon abgesehen d'examiner le caractère légal de la convention und auf Grund des Verschuldens des Führers des Schleppers die Schleppcompagnie für den Untergang des geschleppten Schiffes haftbar erklärt. Ebenso Arrêt vom 20. Mai 1874 Dalloz 1874 p. 33, 35. Siehe auch die Erörterung der Frage in der Note daselbst S. 33.) (S. a. Goldschmidt, Handelsrecht zweite Auflage Bd. I, §. 54, Note 20.) Ob der über das Schleppen eines Schiffes abgeschlossene Vertrag als locatio condutio operis oder als locatio conductio operarum aufzufassen sei, kann im einzelnen Fall zweifelhaft sein. Wird der Vertrag mit dem Eigenthümer eines Schleppdampfers einfach dahin abschlossen, daß ein Schiff von einem Punkt zum andern geschleppt werden solle, so ist locatio conductio operis anzunehmen. Nicht der Dampfer wird vermiethet, auch nicht die einzelnen mittelst desselben vorzunehmenden Leistungen, sondern das opus des Schleppens nach einem bestimmten Ort wird vom Schlepper gemiethet. Der Schlepper übernimmt die Ausführung des Schleppens als ein einheitliches Ganzes und hat die einzelnen zur Erreichung dieses Erfolgs erforderlichen Handlungen nach eigenem Ermessen vorzunehmen. Soweit der Führer des geschleppten Schiffs in Betreff der Beförderung und Leitung seines Schiffs noch thätig zu bleiben hat, muß er auf Anweisung des Schleppers handeln. Er ist seinem Kommando unterworfen. (Anders kann sich das Verhältniß gestalten, wenn der Führer eines Schiffs ein Dampfboot miethet, um ihm Vorspanndienste zu leisten. S. Erk. I. Sen. vom 7. Mai 1878 i. S. Wex c. Nickelsen Rep. 453/78.) Kommen somit die Grundsätze der locatio conductio operis zur Anwendung, so hat nach preußischem Recht der Unternehmer die Handlungen seiner Gehülfen zu vertreten. §. 930 A. L.-R. I. 11. Allerdings scheint das A.-L.-R. die Werkverdingung in einem engeren Sinne aufzufassen, denn die Einzelbestimmungen des betreffenden Abschnitts, nämlich die §§. 926 bis 965 A. L.-R. I. 11, beziehen sich ihrem Wortlaut nach auf eine anzufertigende Sache. Dem entspricht es auch, wenn in dem (jetzt nicht mehr geltenden) §. 2458 A. L.-R. II. 8 für das Rechtsverhältniß „zwischen Privatfuhrleuten und denjenigen, welche sie gedungen haben," die Vorschriften der §§. 869 bis 920 A. L.-R. I. 11, welche sich auf Dienstmiethe im allgemeinen beziehen, nicht aber die folgenden, von der Werkverdingung handelnden, für maßgebend erklärt werden. Allein die an der Spitze der Lehre von der Werkverdingung stehende, deren Definition enthaltende Bestimmung des §. 925 hat einen weiteren Inhalt. Der Paragraph stellt die Eigenthümlichkeit der Werkverdingung dahin fest, daß der Werk-

meister nicht zu einer Arbeit gedungen, sondern daß ihm ein ganzes Werk angedungen wird. Die Werkverdingung umfaßt danach auch die Erreichung eines Erfolgs, der nicht in der Herstellung einer Sache besteht, insbesondere kann auch der Frachtvertrag und der in der angegebenen Weise abgeschlossene Schleppvertrag darunter subsumirt werden. Daß in den folgenden Bestimmungen nur auf Herstellung von Sachen Bezug genommen ist, erklärt sich daraus, daß dies die wichtigste Art des Opus ist. Die Bestimmung des §. 2458 A. L.=R. II. 8 wird aber durch die unmittelbar darauffolgende des §. 2459 wesentlich modificirt. Denn wenn dieser Paragraph die Vorschrift enthält, daß Privatfuhrleute die Versehen ihrer Leute zu vertreten haben, so wird damit ein aus dem Wesen der locatio conductio operis sich ergebender (Entsch. des R.=O.=H.=G.'s Bd. IV. Nr. 50, S. 244; Bd. XIII. Nr. 25, S. 77; s. a. v. Hahn, Kommentar zu Art. 395 §. 8 ff.; Art. 400 §. 1) Grundsatz auf den Frachtvertrag angewendet und dadurch jedenfalls soviel anerkannt, daß die Grundsätze über locatio conductio operarum auf denselben gerade in einer der wichtigsten Fragen keine Anwendung finden sollen. Mit dieser Auffassung steht auch die bisherige Judikatur des R.=O.=H.=G.'s nicht in Widerspruch. Die Bemerkung in Bd. IV. Nr. 35, S. 179 ist nur eine beiläufige, das Erkenntniß selbst nicht stützende. In Bd. XX. Nr. 84, S. 342 aber ist wenigstens die Möglichkeit der **Subsumtion des Frachtvertrags,** wie derselbe sich nach den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs gestaltet hat, **unter den Begriffen der Werkverdingung,** wie das preußische Recht ihn aufstellt, anerkannt, damit aber die Nothwendigkeit der Beschränkung dieses Begriffs auf den Vertrag über Anfertigung einer Sache negirt. XXIII. (108.) 320—323.

Art. 395.

Abs. 1. Perfektion eines Frachtvertrages mit der Eisenbahn **durch Abstempelung des Frachtbriefes.** Hierüber folgendes: Nach Art. 395 haftet der Frachtführer für den Schaden, welcher durch Verlust oder Beschädigung des Frachtgutes seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist; diese Verpflichtung kann nach Art. 423 durch das Eisenbahn=Betriebsreglement nicht zum voraus ausgeschlossen und nur in der durch die folgenden Artikel zugelassenen Weise, mithin gemäß Art. 427 Nr. 1 durch Verabredung eines Normalsatzes, beschränkt werden. Indem das Eisenbahn=Betriebsreglement vom 11. Mai 1874 im §. 49 bestimmt, daß der Frachtvertrag durch die Ausstellung des Frachtbriefes seitens des Absenders und durch die zum Zeichen der Annahme erfolgende Aufdrückung des Expeditionsstempels geschlossen werde, sollte der für den Beginn der Lieferfristen und der Haftpflicht entscheidende Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und der Empfangnahme des Frachtgutes in einer äußerlich scharf hervortretenden Form bezeichnet werden. Dadurch ist aber nicht ausgeschlossen, daß in einem einzelnen Falle der **Beweis über einen früheren Abschluß des Frachtvertrages** in anderer Weise geführt werde, denn die Kontrahenten können den Vertragsabschluß und die Empfangnahme der Waare auf einen früheren Zeitpunkt als die Abstempelung des Frachtbriefes verlegt haben und hat in einem solchen Falle somit, wenn einerseits der Absender der Waare solche mit einem auf dem Reglement fußenden Frachtbriefe der Bahn, ohne einen höheren Werth zu deklariren, übergeben und sich dem durch das Reglement bestimmten Normalsatze im Falle der Ent=

schädigung unterworfen und andererseits die Bahnverwaltung durch die Aufnahme des Frachtgutes jenes Anerbieten angenommen hat, die gesetzliche Haftpflicht der Eisenbahn aus Art. 395 mit diesem Zeitpunkte begonnen und ist auch die Vereinbarung des Normalsatzes als das Korrelat dieser erhöhten Haftpflicht nach §. 64 Abs. 2 und §. 68 des Betriebsreglements mit demselben Zeitpunkte wirksam geworden. Anders läge freilich der Fall, wenn **eine vorläufige Annahme der Güter gegen Empfangsbescheinigung** im Sinne von §. 55 des Reglements stattgefunden hätte, weil es sich dann fragen würde, ob nicht etwa ein selbständiges, dem Frachtvertrage vorhergehendes Aufbewahrungsgeschäft angenommen werden müßte. R. II. (17.) 56—58.

Abs. 2. Der Vorschrift des Art. 395 Abs. 2 H.-G.-B. wird dadurch genügt, daß das Gut als Bijouterien bezeichnet wird. Für **Kostbarkeiten** haftet der Frachtführer nur dann, wenn ihm diese Beschaffenheit oder der Werth des Gutes angegeben ist. Die Beschaffenheit als Kostbarkeit wird dadurch angegeben, daß die Gattung, zu welcher das Gut gehört, auf dem Frachtbriefe verzeichnet ist, vorausgesetzt, daß jede dieser Gattung angehörende Sache unter den Begriff Kostbarkeit fällt. Dies ist für die Gattung „Bijouterie“ thatsächlich festgestellt. Festgestellt ist auch, daß die betreffende Bezeichnung die im Handelsverkehre übliche ist. Wenn es nun auch dahingestellt bleiben kann, ob diese Feststellung genügen würde, jeden beliebigen Frachtführer haftbar zu machen, so muß dies doch angenommen werden gegenüber einer Anstalt, welche, wie die Eisenbahn, wesentlich bestimmt ist, mit ihrem Transportbetriebe dem kaufmännischen Verkehr zu dienen. Eine solche Anstalt hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn sie dadurch Schaden leidet, daß sie es unterlassen, dafür zu sorgen, daß die von ihr mit der Uebernahme der Güter betrauten Personen den im Handelsverkehre herrschenden Sprachgebrauch kennen. (Daß der Werth des Gutes deklarirt wird, ist nicht erforderlich; denn der Artikel sagt deutlich, die Beschaffenheit oder der Werth des Gutes sei anzugeben. Es widerspricht auch keineswegs den Grundsätzen der bona fides, wenn der Absender die Werthsdeklaration unterläßt; er ist nicht verpflichtet den Frachtzuschlag zu zahlen und unterwirft sich für den Fall, daß das Gut verloren geht, ohne daß bösliche Handlungsweise nachzuweisen ist, der Eventualität, Ersatz nur gemäß dem Normalsatze zu erhalten). R. VII. (40.) 126.

Art. 396.

Art. 396. **Abs. 5. Bösliche Handlungsweise** liegt auch dann vor, wenn die Beschädigung einer Sache die nothwendige und erkennbare Folge einer gewollten Handlung ist. R. I. (18.) 38.

Der Absatz 5 des Art. 396 ist nicht so zu verstehen, daß die Berechnung des Schadens, wie sie im Art. 396 Abs. 1—4 aufgestellt ist, eintrete, wenn aus dem Frachtvertrage, nicht aber, wenn aus einem Delikte geklagt werde. Auch in Abs. 5 handelt es sich nur um die Kontraktsklage und wird nur ausgesprochen, daß die Beschränkung der Haftung auf den gemeinen Werth nicht eintrete, wenn der Verlust durch bösliche Handlungsweise herbeigeführt sei. Da aber der Frachtführer nicht befugt ist, die Verhaftung aus dem Frachtvertrage dadurch abzulehnen, daß er geltend macht, **die schädigende Handlung** sei **nicht** von ihm selbst, nämlich **vom Frachtführer, sondern von einem seiner Leute ausgegangen,** so

kann er, wenn die schädigende Handlung unter der Voraussetzung, daß sie von ihm persönlich ausgegangen wäre, als bösliche Handlungsweise erscheinen würde, diese Qualifikation der Handlung nicht deßhalb bestreiten, weil sie von einem seiner Leute ausgegangen ist. Ebensowenig kann er geltend machen, die betreffende Handlung sei deßwegen nicht eine bösliche, weil, wenn man lediglich die Person des Angestellten ins Auge faßt, es nach Lage der Sache an einer Voraussetzung jener Qualifikation fehlen würde. Für die entwickelte Auffassung der gesetzlichen Bestimmung ist auch noch geltend zu machen, daß, wenn die Bestimmung auf die von der Person des Frachtführers ausgegangene bösliche Handlungsweise beschränkt wäre, dieselbe für die größeren Frachtunternehmungen, besonders für die der Eisenbahnen, fast bedeutungslos sein würde. Auch kann nicht aus der ausdrücklichen Erwähnung der Leute in Art. 427 Abs. 2 ein argumentum a contrario entnommen werden. Im Gegentheile kann Art. 427 Abs. 2, welcher für die vertragsmäßige Beschränkung der Haftung dasselbe bestimmt, was Art. 396 Abs. 5 für die gesetzliche ausspricht, gefolgert werden, daß der Ausschluß der Beschränkung unter den gleichen Voraussetzungen eintreten solle. Diese Gleichartigkeit ist auch bei der Berathung des Handelsgesetzbuches ausdrücklich hervorgehoben worden (Protok. der Nürnberger Konferenz S. 5024). R. VII. (40.) 128. 129. Siehe hierüber noch bei Art. 427 Abs. 2 ad R. VII. (40.) 126—128.

Die gesetzliche Haftung ist nach Art. 396 Abs. 5 H.-G.-B. nicht auf den gemeinen Handelswerth beschränkt, der volle Schade ist zu ersetzen. R. VII. (40.) 128.

Art. 401.

Umfang der Haftung des ersten Frachtführers für den späteren. — **Art. 401. Der erste Frachtführer haftet** — wie für den Verlust und die Beschädigung des Gutes — **auch für den Schaden, welcher durch Veränderung des Inhaltes des Frachtbriefes** (z. B. die Verzollungsklausel) **seitens eines späteren Frachtführers entstanden ist,** und zwar demjenigen gegenüber, welchem er zur Ausführung des Transportes verpflichtet ist, dem Absender. Wenn also z. B. ein Frachtvertrag auf den Transport und die Ablieferung zollfreien Gutes ging, und der Frachtführer zollpflichtiges abgeliefert hat, beziehungsweise der vom Absender bezeichnete Empfänger das Gut nur gegen Zahlung des Zolles erhalten konnte, so ist der Absender zum Schadensersatz berechtigt gerade so, wie er es im Falle des Verlustes oder der Beschädigung des Gutes sein würde. **Es ist dabei gleichgültig, ob der Absender den Frachtvertrag für eigene Rechnung, oder,** wie dies beim Verkäufer, welcher die Waare dem Käufer übersendet, oder beim Spediteur der Fall ist, **für fremde Rechnung abgeschlossen hat.** Er ist Kontrahent und der Käufer, der Kommittent kann (abgesehen von dem Falle, daß er als Empfänger in den Frachtvertrag eintritt) die Klage aus dem Frachtvertrage nur als cedirte geltend machen. Der Absender hat daher sein Interesse an der Ausführung des Frachtvertrages nicht näher zu begünden, braucht also namentlich nicht geltend zu machen, daß er dem Käufer oder dem Kommittenten den diesem entstandenen Schaden bereits ersetzt habe. **Einreden des Frachtführers aus dem Rechte desjenigen, für dessen Rechnung der Frachtvertrag abgeschlossen ist.** Demselben bleibt es vor-

behalten, darzuthun, daß dem Absender in Folge besonderer Umstände kein Schade entstanden sei, z. B. daß derjenige, für dessen Rechnung der Frachtvertrag abgeschlossen war, auf jeden Ersatz verzichtet habe. Nicht genügen aber würde es, wenn der Frachtführer geltend machte, der Absender sei seiner Verpflichtung gegen denjenigen, für dessen Rechnung er den Frachtvertrag abgeschlossen habe, noch nicht nachgekommen, habe diesem den Schaden noch nicht ersetzt. R. I. (1.) 2. 3.

Art. 402.

Art. 402. **Nach den Prinzipien des französischen Rechts** (Art. 1138 und 1583 Code civ.) bedarf es zur Uebertragung des Eigenthums einer Tradition nicht, es genügt vielmehr der bezügliche Vertragswille, diese Uebertragung zu bewirken, und zwar nach der richtigeren Ansicht, sowohl unter den Kontrahenten selbst, als Dritten gegenüber — letzteres vorbehaltlich der Bestimmungen über die Transskription bei Immobilien. Das Gesetz hat bei seinen bezüglichen Bestimmungen zwar zunächst nur den Fall im Auge, wo bestimmte einzelne Sachen Gegenstand des Vertrages bilden, seine Prinzipien finden jedoch, wie unbestritten, auch bei Sachen, die nur generell bestimmt sind, also insbesondere beim Genuskaufe Anwendung, und zwar vom Zeitpunkte an, wo die Individualisirung des Vertragsgegenstandes im Sinne des Vertrages stattgefunden hat (vgl. Art. 1585 code civ.). Was insbesondere den Fall betrifft, wo eine Handelswaare auswärts bestellt und vom Verkäufer dem Besteller zugesendet wird, so hatte in Frankreich von jeher der bereits von Casaregis (disc. 39 Nr. 51) aufgestellte handelsrechtliche **Grundsatz** Geltung, **daß regelmäßig mit der Uebergabe der Waare an den zur Beförderung derselben an den Käufer beauftragten Spediteur oder Frachtführer das Eigenthum der Waare auf den Käufer übergehe,** wie dies insbesondere auch bei Berathung des Art. 100 Code de commerce im Staatsrathe anerkannt wurde (Locré, esprit du Code de comm. t. I. p. 302). Hierbei hatte man nicht etwa nur den Fall im Auge, wo Spediteur oder Frachtführer vom Käufer selbst bezeichnet sind, sondern vorzugsweise den gewöhnlichen Fall, wo der Verkäufer im vermuthbaren Auftrage des Käufers diese Personen wählte, und nahm an, durch Uebergabe der Waare an den als Mandatar des Käufers zu betrachtenden Spediteur oder Frachtführer vollziehe sich die Tradition, wie dies auch jetzt noch seitens derjenigen Schriftsteller angenommen wird, welche zum Uebergange des Eigenthumes Dritten gegenüber die Tradition verlangen, z. B. von Masse, droit comm. t. III. Nr. 1598 (vergl. preuß. A. L.-R. I. 11 §. 128 und 129). Der besagte Grundsatz kann aber um so weniger einem Bedenken unterliegen, wenn man davon ausgeht, nach den Prinzipien des jetzigen Rechtes sei für den Uebergang des Eigenthumes in jeder Beziehung nur der Vertragswille, sei er der ausdrücklich erklärte, sei es der nach den Umständen zu vermuthende, entscheidend. Nach allem Dem kommt es z. B. nicht darauf an, ob das richtige Konnossement und somit die richtige Waare ausgeliefert wird oder nicht, da ja nicht die Tradition als solche, sondern der Vertragswille den Uebergang des Eigenthums bewirkt, wie denn z. B. beim Spezieskauf kein Zweifel bestehen kann, daß es für den Eigenthumsübergang belanglos ist, wenn ein falscher Gegenstand überliefert wurde. R. I. (148.) 415—418.

Art. 406.

Nachforderung zu niedrig berechneter Fracht vom Empfänger beim Eisenbahntransporte. Stillschweigende Vereinbarung über die zum Transporte zu verwendenden Wagen nach ihrer Tragfähigkeit. Hier handelt es sich um einen Fall, in welchem Wagen von größerer als der erforderlichen Tragkraft deßhalb verwendet worden sind, weil Wagen von der genügenden, geringeren Tragkraft der Bahnverwaltung nicht zur Verfügung gestanden sind. Wenn nun auch in einem solchen Falle anzunehmen ist, daß erstere die letzteren vertreten sollen, so daß das Tragkraftgewicht der letzteren für die Frachtberechnung entscheidet, so ist doch ein von Seiten des Empfängers dahin gemachter Einwand, daß bei den Sendungen von der Bahnverwaltung auf den Frachtbriefen „Wagenmangel" bescheinigt wurde, oder daß diese Bescheinigung auf den Frachtbriefen von der Hand des Absenders geschehen ist, die Eisenbahnverwaltung jedoch diese Frachtbriefe unbeanstandet in Empfang genommen und den Transport in Waggons größerer Tragkraft ausgeführt hat, von Erheblichkeit. Hierüber ist demgemäß dem Empfänger der Beweis offen zu lassen und kann sich derselbe zur Beweisführung hierüber auf alle Umstände beziehen, aus denen ein ausdrückliches oder stillschweigendes Einverständniß der Bahnverwaltung mit der Beförderung der Waare zu einem niedrigeren Frachtsatze, wenn auch in Wagen von größerer Tragkraft, zu entnehmen ist. — Hier ist nun noch besonders erörtert, welche rechtliche Bedeutung der vom Absender ausgegangenen Bescheinigung des Wagenmangels beizulegen ist. Hierüber folgendes: Nach Art. 391 H.=G.=B. dient der Frachtbrief als Beweismittel über den Vertrag zwischen Frachtführer und Absender. Nach Abschnitt B. §. 4 des Eisenbahnbetriebs=Reglements vom 10. Juni 1870 wird der Frachtvertrag durch Ausstellung des Frachtbriefes seitens des Absenders und durch die zum Zeichen der Annahme erfolgende Aufdrückung des Expeditionsstempels seitens der Expedition der Absendestation geschlossen. Hat eine Eisenbahndirektion durch ausdrückliche Verfügung die Beförderung von Waaren zu niedrigeren, als den tarifmäßigen Frachtsätzen in Wagen größerer Tragfähigkeit zugelassen, wenn die Güterexpedition Wagenmangel (Mangel an Wagen von niedrigerer Tragkraft) bescheinigte, und erachtete man auch eine vom Absender eingeschriebene Bemerkung für genügend, so kann, wenn die Güterexpedition Frachtbriefe mit einer derartigen, vom Absender herrührenden Vormerkung in Empfang nahm, sie nicht im Zweifel darüber sein, daß der Absender das Gut zu den tarifmäßigen, niedrigeren Frachtsätzen befördert haben will. Und, indem sie dem Frachtbriefe den Expeditionsstempel beidrückt, statt ihn, wozu sie berechtigt ist, zurückzuweisen, erklärt sie zugleich stillschweigend ihr Einverständniß mit der ihr ertheilten Vorschrift. Dies muß schon aus allgemeinen Gründen nach den Grundsätzen über Treu und Glauben im Handelsverkehr gelten; es folgt aber auch aus der Natur des Frachtvertrags und der Erwägung, daß eine derartige Vorschrift als Vertragssatzung (lex contractus) erscheint. Zwar macht die Angabe des Gewichts und der Menge des Gutes keinen Beweis gegen die Eisenbahn, wenn der Absender die Aufladung selbst besorgt hat (Abschnitt B. §. 5 Nr. 2 des B.=Regl.). Dies gilt nicht blos von dem Falle, wenn die Fracht von dem Inhalte des Frachtbriefes selbst irrig berechnet ist, sondern auch, wenn diese Berechnung dem Inhalte des Frachtbriefes

entspricht. Allein der Grund hiervon liegt darin, daß die Notirung der Fracht nicht zum Abschluß des Frachtvertrags gehört. Wesentlich anders liegt aber die Sache hier. Die Bestimmung der zum Transporte zu verwendenden Wagen nach ihrer Tragfähigkeit unterliegt der freien Vereinbarung der Frachtinteressenten. So kann sich z. B. der Beförderung von 100 Ztr. Waare in einem Wagen von 100 Ztr. Tragkraft die Bahnverwaltung nicht entziehen, wenn der Absender solches verlangt, zumal dieser Transport bei gehöriger Verwahrung und Anbringung besonderer Vorrichtungen ohne Anstand möglich ist. Verwendete sie in einem solchen Falle gleichwohl Wagen höherer Tragkraft, so hat sie keinen Anspruch auf die für letztere geltenden Tarifsätze. In der Einreichung der Frachtbriefe mit der fraglichen Vormerkung und der anstandlosen Annahme derselben durch die Bahnverwaltung ist nun aber eine Aufforderung und Einwilligung zum Transporte nach den niedrigeren Frachtsätzen zu finden. R. IV. (21.) 74—77.

Ueber die Bedeutung, welche es für den Inhalt eines Eisenbahnfrachtvertrages hat, **wenn im Tarife in Folge eines Druckfehlers der betreffende Frachtsatz zu hoch angegeben ist,** und bezüglich der Interpretation des Betriebsreglements §. 52 Abs. 1 und des Art 406 H.-G.-B. folgendes: Es handelt sich in diesem Fall nicht um die Frage über die Bedeutung von Wille und Willenserklärung für den Vertragsabschluß und das Verhältniß beider zu einander; insbesondere ist nicht der Fall zu erörtern, wenn die Erklärung des Vertragswillens eines Kontrahenten auf eine ganz andere oder auf eine quantitativ für ihn nachtheiligere oder minder vortheilhafte Leistung, als die wirklich gewollte, lautet. Hier handelt es sich um den Fall, wenn Wille und Willenserklärung des eine Leistung stipulirenden Kontrahenten nur in quantitativer Beziehung und in der Art differiren, daß der Gegenstand seiner Erklärung für ihn vortheilhafter ist, als der seines wirklich vorhandenen Willens, wenn er also in der vom anderen Kontrahenten acceptirten Offerte den ihm zu leistenden Betrag höher angegeben hat, als er denselben wirklich gewollt, während beim anderen (die Leistung versprechenden) Kontrahenten Wille und Willenserklärung sich decken. Da, abgesehen von besonderer Gestaltung des Vertragsverhältnisses, im Versprechen des Mehr auch das Versprechen des Weniger enthalten ist, so ist im gegebenen Falle soweit, als der wirkliche Wille des ersten Kontrahenten vorhanden war, ein Vertrag zustande gekommen. Was dagegen den höheren Betrag der Leistung betrifft, so liegt zwar über diesen die Willenserklärung beider Kontrahenten vor, aber der darauf gerichtete Vertragswille ist nur auf seiten des Versprechenden wirklich vorhanden, während es an dem des Stipulirenden fehlt. Der Stipulirende kann sich aber auf seine irrthümliche Erklärung nicht zu seinem Vortheil berufen. Er kann daher einen Anspruch auf den Mehrbetrag der Leistung weder angriffsweise noch vertheidigungsweise (der condictio indebiti gegenüber, falls Zahlung bereits erfolgt ist) geltend machen. Es fragt sich nun aber weiter, ob im vorliegenden Falle die Voraussetzungen zur Anwendung dieses Satzes gegeben sind. Wenn der Eisenbahnfrachtvertrag auf Grund des Tarifes abgeschlossen ist, so bildet die einschlagende Tarifbestimmung einen Theil der lex contractus des Vertrages. Wenn nun der Tarif, nach welchem kontrahirt wurde, einen höheren Frachtsatz enthielt, welcher Ansatz später in einem Nachtrage zu diesem Tarif als auf einem „Druckfehler" beruhend berichtigt wurde, so ist hiermit auf das deutlichste erklärt, daß nicht etwa nur von

der Zeit dieser letzteren Erklärung an der Frachtsatz ermäßigt werden solle, sondern daß schon früher der Frachtsatz in diesem geringeren Betrag festgestellt und beabsichtigt war, denselben zur Anwendung zu bringen. Nun ist allerdings in der Veröffentlichung einer für die abzuschließenden Verträge im allgemeinen aufgestellten lex contractus die Erklärung eines obligatorischen Willens nicht enthalten, vielmehr wird ein solcher erst bei Abschluß des einzelnen Vertrages gefaßt und erklärt; es kommt also bei der Frage, ob der wirklich vorhandene Wille und die Willenserklärung sich decken, nicht auf die Zeit der Veröffentlichung der allgemeinen lex contractus, sondern auf die des Vertragsabschlusses an, und dies wird insofern von Bedeutung, als, wenn beim Vertragsabschluß der bei der Veröffentlichung begangene Irrthum vom betreffenden Kontrahenten erkannt, dennoch aber die lex contractus nicht abgeändert worden war, daraus möglicherweise entnommen werden kann, daß eine Divergenz des Willens und der Willenserklärung nicht vorhanden sei. Es braucht aber hier nicht weiter untersucht zu werden, unter welchen Umständen diese Schlußfolgerung gerechtfertigt sein würde, da für die Eisenbahnen die wesentliche Voraussetzung der Zulässigkeit einer solchen Schlußfolgerung, die Freiheit des Vertragswillens, nicht vorhanden ist. Nicht nur ist die Vertragsfreiheit der Eisenbahnen im allgemeinen durch das Handelsgesetzbuch und das Betriebsreglement wesentlich eingeengt, sondern insbesondere sind auch hinsichtlich der Feststellung der Frachtsätze die Privatbahnen durch allgemeine oder bei der Konzessionirung festgesetzte besondere Bestimmungen beschränkt, und auch für die Tarife der Staatsbahnen und der vom Staate verwalteten Bahnen sind gewisse feste Grundsätze maßgebend. Der Tarif wird in bestimmt formeller Weise festgesetzt (genehmigt), eine durch konkludente Handlungen erfolgende Abänderung desselben ist ausgeschlossen. Die bei der Publikation des Tarifs irrthümlich erfolgte Abweichung von dem festgestellten Inhalte kann daher nicht durch die bloße Anwendung des Tarifes in der publizirten Gestalt später gebilligt werden. Hieraus folgt, daß, wenn ein einzelner Frachtvertrag abgeschlossen wird, für welchen die betreffende Tarifbestimmung maßgebend ist, in demselben zwar den Worten nach der Tarifsatz in der publizirten Höhe vereinbart ist, daß aber der Vertragswille der Eisenbahn zur Zeit des Abschlusses nur als auf den Frachtsatz, wie derselbe festgegestellt worden war, gerichtet anerkannt werden kann, einerlei ob die Eisenbahnverwaltung sich des bei der Veröffentlichnng des Tarifes vorgekommenen Irrthums bereits bewußt geworden war oder nicht. Die Voraussetzungen zur Anwendung des oben aufgestellten, allgemeinen Grundsatzes sind hiernach im vorliegenden Falle gegeben. Hiergegen kann auch nicht etwa eingewendet werden, die Vorschrift, die Eisenbahn solle nur auf Grund des festgestellten Tarifes kontrahiren, sei nur eine Ordnungsvorschrift, welche das Verhältniß zum anderen Kontrahenten nicht berühre; denn nach dem Betriebsreglement, welches für die rechtlichen Beziehungen der Kontrahenten maßgebend ist, da auf Grund desselben die Frachtverträge abgeschlossen werden, bilden die Tarifsätze die vereinbarten Frachtsätze (§. 52 Abs. 1). Allerdings wird in der angeführten Stelle von „publizirten Tarifen" gesprochen, allein damit ist lediglich ausgesprochen, daß für den Betrag die Tarife nur von Bedeutung sind, insofern sie publizirt sind. Es ist dies besonders wichtig bei Abänderungen des Tarifes, namentlich bei Einführung höherer Frachtsätze. Eine Bezugnahme auf diese Abänderungen ist nicht

zulässig, wenn dieselben nicht publizirt sind (vgl. Entsch. d. R.-O.-H.-G.'s Bd. 20, Nr. 92, S. 375.) Um dies auszudrücken, ist der im „Vereinsreglement für den Güterverkehr von 1856" (Koch, Deutschlands Eisenbahnen II. 2, S. 50) §. 17 Abs. 5 nicht enthaltene Zusatz „publizirte" aufgenommen worden. Nicht aber kann die Bestimmung des Betriebsreglements so aufgefaßt werden, als solle der Inhalt des Tarifes, wie er publizirt ist, dem Inhalt desselben, wie er festgestellt ist, entgegengesetzt werden. Es wird vielmehr davon ausgegangen, daß die Publikation genau der Feststellung entspricht. R. VI. (28.) 100—104.

Art. 408.

Art. 408. **Abs. 1.** Der Frachtbrief enthält die lex des Frachtvertrages. **Indem der Frachtführer dem Empfänger das Gut mit dem Frachtbriefe abliefert, erklärt er demselben, einen Frachtvertrag mit dem im Frachtbriefe angegebenen Inhalte zu erfüllen und der Empfänger nimmt nur die Erfüllung dieses Frachtvertrages an,** beziehungsweise erklärt nur, daß der Frachtführer seine Verpflichtung aus diesem Frachtvertrage erfüllt habe. Daher kann, wenn der Frachtführer das Gut mit einem Frachtbriefe abliefert, welcher einen andern Inhalt, als der ursprüngliche über den zwischen Absender und Frachtführer abgeschlossenen Frachtvertrag ausgestellte Frachtbrief hat, die auf Grund dieses neuen Frachtbriefes erfolgende Annahme des Gutes und Zahlung der Fracht eine Erklärung über die Erfüllung der Verpflichtung des Frachtführers jedenfalls soweit nicht enthalten, als der ursprüngliche Frachtbrief von dem späteren abweichende Bestimmungen enthält. R. I. (1.) 3.

Aus der Stellung des Art. 408 folgt nicht nur, daß derselbe sich nur auf die Verpflichtungen des Frachtführers aus dem Frachtvertrage bezieht, sondern es ergiebt sich aus dem Inhalte des Artikels selbst, daß der Gesetzgeber, indem er die Geltentmachung von Ansprüchen gegen den Frachtführer ausschließt, davon ausgeht, **in der Annahme des Gutes und der Bezahlung der Fracht** sei **eine Approbation der Leistungen des Frachtführers,** die Erklärung, daß von seiten des Frachtführers der Frachtvertrag erfüllt sei, **zu finden. Der Anspruch auf Rückgängigmachung der ohne Rechtsgrund erfolgten Zahlung** gehört nicht zu dem vom Frachtführer durch Eingehung des Frachtvertrages übernommenen Verpflichtungen, und die stillschweigende (durch konkludente Handlungen erfolgende) Erklärung, daß der Frachtführer seinen Verflichtungen nachgekommen sei, kann keine weitere Wirkung äußern, als eine mit Worten abgegebene Erklärung gleichen Inhaltes. R. VI. (28.) 104. 105.

Abs. 3. Die einjährige Verjährung der Klage gegen den Frachtführer ist nicht ausgeschlossen, wenn das Gut durch bösliche Handlungsweise der Leute des Frachtführers abhanden gekommen ist. Siehe Art. 396 Abs. 5 ad R. VII. (40.) 128. 129. Ganz in demselben Sinne wie Art. 396 Abs. 5 ist aber auch die Bestimmung über den Ausschluß der einjährigen Verjährung der Kontraktsklage wegen Verlustes des Gutes bei Veruntreuung des Frachtführers (Art. 408 Abs. 3, Art. 386 Abs. 4 H.-G.-B.) auszulegen. Es ist gleichgültig, ob die Handlung, durch welche das Gut verloren wird, vom Frachtführer selbst oder von einem seiner Leute ausgeht, und im letzteren Falle, ob diese Handlung in der Person des Handelnden als Veruntreuung erscheint. Die Handlung kommt nur als Handlung des Fracht-

führers in Betracht, und wenn sie sich in seiner Person als Veruntreuung darstellt, so greift die einjährige Verjährung nicht Platz. (Nur das Gesetz, nicht das Betriebsreglement ist maßgebend; denn wenn das Betriebsreglement in §. 64 Abs. 5 eine einjährige Verjährung aller Ansprüche wegen gänzlichen Verlustes des Gutes ohne irgend welche Unterscheidung aufstellt, so ist diese Bestimmung, soweit sie dem Art. 386 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 408 Abs. 2 H.-G.-B. zuwiderläuft, nach Art. 423 H.-G.-B. wirkungslos.) R. VII. (40.) 129. 130.

Art. 413.

Rechtliche Wirkung der Uebergabe des Ladescheines. Das Handelsgesetzbuch enthält über die Frage nach dem Einfluß der Uebergabe des Ladescheines auf die Besitzverhältnisse keine Bestimmung. Bei den verschiedenen Berathungen wurden darüber abweichende Beschlüsse gefaßt. In erster Lesung wurde der Satz angenommen: Art. 351. „Die Uebergabe des Ladescheines steht der Uebergabe der Waare gleich." Man war dabei der Ansicht, für das Konnossement würde der gleiche Beschluß gefaßt werden. Im Entwurf zweiter Lesung (Art. 388) war die Bestimmung beibehalten. Als nun in erster Lesung des Seerechts beschlossen worden war, für das Konnossement keine entsprechende Bestimmung aufzunehmen, strich man konsequent auch den Art. 351 (Protokolle S. 2218. 2219 bis 2229). Nachdem man aber in zweiter Lesung des Seerechts eine entsprechende Bestimmung für das Konnossement angenommen hatte, den jetzigen Art. 649, beschloß man, die Aufnahme einer gleichen Bestimmung für den Ladeschein in dritter Lesung zu beantragen (Protokolle S. 4027. 4130 fg.). Der Antrag wurde aber in dritter Lesung abgelehnt (Protokolle S. 4774). Durch die Nichtaufnahme dieser Bestimmung ist jedoch nicht gesetzlich ausgesprochen, daß die Uebergabe des Ladescheines keine der Uebergabe des Konnossements entsprechende Wirkung betreffs der Besitzverhältnisse haben sollte, ebensowenig wie die Beschränkung der Bestimmung des Art. 649 auf Ordrekonnossemente die Möglichkeit der Anwendung desselben auf Rektakonnossemente ausschließt (Entsch. des R.-O.-H.-G.'s Bd. 11, Nr. 125, S. 415 fg.). Es fragt sich nun, ob der in Art. 649 H.-G.-B.'s ausgesprochene Satz als eine lediglich positiv-rechtliche Bestimmung aufgefaßt werden müsse, oder ob sie nicht aus allgemeinen Grundsätzen sich herleiten lasse und damit auch die Beschränkung derselben auf Konnossemente hinwegfalle. Das Reichsgericht tritt der letzteren, insbesondere von Goldschmidt (Handbuch des Handelsrechts Bd. 1, §. 73, S. 721 fg. und §. 75, S. 764 fg.) vertretenen und begründeten Ansicht bei. Der Schiffer, welcher ohne Konnossementsausstellung für den Ablader detinirt, erklärt durch Zeichnung des Ordrekonnossements naturgemäß, für den legitimirten Inhaber des Konnossements zu detiniren, denn nur diesem verpflichtet er sich das Gut herauszugeben, und der Absender kann das Gut nur verlangen gegen Zurückgabe der Konnossemente. Der Konnossementsinhaber detinirt also durch den Schiffer, er erhält die Detention durch Uebergabe des Konnossements. Welche rechtlichen Wirkungen durch diesen Erwerb der Detention vermittelt werden, in welches Verhältniß der Konnossementserwerber zum Gute tritt, ob er Eigenthümer desselben wird u. s. w., hängt davon ab, in welchem Sinne ihm das Konnossement übertragen worden war. Diese Auffassung entspricht nicht nur den Grundsätzen des gemeinen, sondern auch denen des preußischen Rechts. Das letztere bietet für dieselbe noch einen besonderen Anhalt in der Bestimmung der §§. 66. 67 A. L.-R. I. 7,

denn in der Vereinbarung darüber, daß das dem Schiffer übergebene Gut nicht mehr zur Verfügung des Absenders stehen, sondern dem legitimirten Inhaber des Konnossements ausgeliefert werden solle, ist nothwendig die Anweisung, für diesen Inhaber zu detiniren, enthalten (vgl. die Ausführungen des Reichs-Oberhandelsgerichts in dessen Entsch. Bd. 7, Nr. 4, S. 34 über die Wirkungen der Uebergabe eines Extraditionsscheines). Aus dieser Auffassung ergiebt sich aber, daß der Uebergabe des Ladescheines, welchen der Flußschiffer in völlig gleicher Tendenz, wie der Seeschiffer das Konnossement, ausstellt, die gleiche Wirkung betreffs der Besitzverhältnisse beigemessen werden muß, welche nach Art. 649 der Uebertragung des Konnossements zukommt. R. V. (19.) 79. 80.

Art. 414.

Art. 414. **Bedeutung der im Ladescheine enthaltenen Angaben über die Beschaffenheit des Gutes.** Der Erwerber auf dem Transport befindlicher Waare hat nicht nur ein Interesse daran, durch den Ladeschein in den Stand gesetzt zu werden, sich nach Ankunft des Frachtführers am Bestimmungsorte in sicherer Weise in den thatsächlichen Besitz des Gutes zu setzen, sondern auch daran, vom Frachtführer eine Erklärung über die Beschaffenheit des Gutes zu erhalten. Der Frachtführer weiß dies, ist sich also bewußt, durch seine Angabe über die Beschaffenheit des Gutes eine für den Inhaber des Ladescheines bedeutsame Handlung vorzunehmen. Er dokumentirt ferner durch die Form, in welcher er diese Angabe vornimmt, daß er damit dem Inhaber des Ladescheines gegenüber eine Rechtshandlung vornehme. Er „bekennt" das Gut in der und der Beschaffenheit empfangen zu haben. Er „verspricht" oder „verpflichtet" sich, das Gut in der gleichen Beschaffenheit abzuliefern. Er hat also damit eine Erklärung gegenüber dem Inhaber des Ladescheines abgegeben und in der Absicht abgegeben, daß dieser dieselbe beim Erwerb des Ladescheines berücksichtige. Es ist daher evident, daß er mit dieser Erklärung eine Haftung übernommen hat. Allein, welchen Inhalt, welchen Umfang, welche Voraussetzung hat diese Haftung? Verliert der Ladeschein durch die Beifügung derselben seine Bedeutung als einer Urkunde über die Verpflichtung, das übernommene Gut auszuliefern? Wird er zum Verpflichtungsschein über Lieferung der bezeichneten Waare? Aus der Erklärung über den Empfang des Gutes ist dies nicht zu entnehmen, ebensowenig aber auch aus der Erklärung über die Ablieferung, denn diese geht immer darauf, das „empfangene" Gut abzuliefern, und es ist außerdem immer vorausgesetzt (wenn nicht gar, wie dies in den Konnossementen üblich, ausdrücklich ausgesprochen), daß der Aussteller Verluste und Beschädigungen, für welche er nach den gesetzlichen Bestimmungen nicht aufzukommen braucht, nicht zu vertreten hat. Der Inhalt der durch die im angegebenen Sinne abgegebene Erklärung übernommenen Verpflichtung kann daher nur der sein, für denjenigen Schaden zu haften, welchen der Inhaber des Ladescheines in Folge eines bei der Abgabe der Erklärung über die Beschaffenheit des Gutes vorgekommenen Verschuldens erlitten hat. Etwas weiteres folgt aus allgemeinen Grundsätzen nicht, insbesondere nicht dies, daß der Frachtführer dem Inhaber des Ladescheines für die Richtigkeit der fraglichen Bezeichnungen der Beschaffenheit des Gutes unbedingt, also auch wenn kein Verschulden auf seiner Seite vorliegt, haftet. Ein solcher Satz ist in Art. 654 Satz 1 H.-G.-B. für den Seefrachtvertrag über die Haftung aus der im

Konnossement enthaltenen Bezeichnung der abgeladenen Güter aufgestellt. Derselbe ist aber, ebenso wie die in Satz 2 des Artikels beigefügte Beschränkung des Umfangs der Haftung, positiver Natur, ergiebt sich keineswegs aus allgemeinen Sätzen und kann darum auf den Ladeschein nicht ausgedehnt werden. Hieraus folgt, daß, wenn der Frachtführer sich selbst darauf beruft, daß seine Angabe über die Beschaffenheit des Gutes im Ladeschein nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt, der Inhaber des Ladescheines ihn mit diesem Vorbringen nicht alsbald unter Bezugnahme darauf, daß er für seine eigene Erklärung einzustehen habe, zurückzuweisen befugt ist. R. V. (19.) 80—82.

Zweiter Abschnitt.

Vom dem Frachtgeschäfte der Eisenbahnen insbesondere.

Art. 423.

Die Bestimmungen des Eisenbahnbetriebsreglements werden durch Hinweisung des Frachtbriefes auf dieselben Bestandtheil des Frachtvertrages. R. I. (6.) 15. **Art. 423.**

Art. 424.

Der Art. 424 Nr. 1 ist auch anwendbar, wenn der Transport, welcher in unbedeckten Wagen erfolgen durfte, in bedeckten Wagen erfolgt ist. — Mündliche Bestellung eines bedeckten Wagens. Nach §. 67 Nr. 2 des Betriebsreglements vom 11. Mai 1874 (dessen Bestimmungen, vermöge der Hinweisung des Frachtbriefes auf dieselben, als Bestandtheile des unter den Parteien abgeschlossenen Frachtvertrages anzusehen sind) gilt hinsichtlich derjenigen Güter, welche der Tarif in unbedeckten Wagen zu transportiren gestattet, der Absender sein Einverständniß mit dieser Beförderung zu erkennen, falls er nicht bei der Aufgabe durch schriftlichen Vermerk auf dem Frachtbriefe eine andere Beförderungsart ausdrücklich verlangt hat. Hiernach wird auch durch die nachträglich, ohne nachträgliche Eintragung in den Frachtbrief, erfolgte Bestellung eines bedeckten Wagens und durch die Ausführung oder Zusicherung der Ausführung derselben eine Verbindlichkeit der Bahnverwaltung zu Stellung eines bedeckten Wagens nicht begründet. Diese Bestimmung des §. 67 Nr. 2 ist überdies nur eine Konsequenz der Bestimmung des §. 47 das., nach welcher der Frachtvertrag — der auch alle hinsichtlich der Transportart getroffenen Vereinbarungen in sich faßt — ausschließlich abgeschlossen wird durch die Ausstellung des Frachtbriefes und dessen zum Zeichen der Annahme erfolgte Abstempelung. Da hiernach und gemäß Art. 406 H.-G.-B. die Eisenbahn ihren Anspruch auf Zahlung der Fracht nur aus dem Frachtbriefe zu begründen vermag, so ist diese Bestimmung auch für die Realisation des der im Bahn§. 67 Nr. 2 für den Fall des verlangten Transportes in bedecktem Wagen beigelegten Anspruches auf einen Frachtzuschlag unentbehrlich und auch geboten, um für den Fall von Umladungen die Beachtung der geschehenen Bestellung zu sichern. Hiernach erscheint, wenn eine Eisenbahn zum Transport von Gütern der fraglichen Art aus Anlaß eines anders, als durch schriftlichen Vermerk im Frachtbriefe, erklärten Verlangens einen bedeckten Wagen verwendet, diese Verwendung rechtlich als eine bloße Liberalität. Derjenige, welcher einem **Art. 424.**

andern ohne Verpflichtung etwas gewährt, kann für die Mangelhaftigkeit dieser Leistung ohne Hinzutritt eines anderweitigen Verpflichtungsgrundes nicht verhaftet sein. Demnach kann auch in vorwürfigem Falle der Eisenbahn eine Haftung dafür, daß der verwendete bedeckte Wagen gegen diejenige Gefahr, für welche sie beim Transport in unbedeckten Wagen nicht zu haften hat, ausreichenden Schutz gewähre, nicht obliegen. In Anbetracht dieser Konsequenz eines allgemeinen gültigen Rechtsgrundsatzes muß der Haftbefreiungsgrund des Art. 424 Nr. 1 H.=G.=B. in Verbindung mit §. 67 Nr. 2 Betriebsreglements, wenngleich der Wortlaut dieser Bestimmungen nur den Fall trifft, in welchem die Güter nach Vereinbarung mit dem Absender in unbedecktem Wagen transportirt werden, auch auf den Fall erstreckt werden, in welchem der Transport zwar in bedecktem Wagen erfolgt ist, aber nach Vereinbarung mit dem Absender in unbedecktem Wagen erfolgen durfte. Da aber ein Verschulden ohne Rechtsverletzung nicht denkbar ist, so kann anlangend den 3. Abs. des Art. 424 in vorwürfigem Falle blos darin, daß zum Transporte ein bedeckter Wagen, welcher gegen eine gewisse Gefahr keinen ausreichenden Schutz gewährt, verwendet wird, ein Verschulden der Bahnverwaltung oder ihrer Leute nicht enthalten sein. R. I. (6.) 14—16. [XXV. (39.) 120; XIV. (72.) 218; XX. (65.) 238.]

Art. 427.

Art. 427. Der Ausdruck **„bösliche Handlungsweise"** begreift neben dem Dolus nicht allgemein die grobe Fahrlässigkeit, sondern nur denjenigen **Frevelmuth**, welcher sich der rechtswidrigen Folgen seines Verhaltens bewußt ist, in sich. R. I. (10.) 22. [XVII. (64.) 301.]

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauche sind **„Leute"** eines Gewerbtreibenden diejenige Personen, welche innerhalb des Gewerbebetriebes desselben zur Vornahme gewisser Arbeiten angenommen, angestellt sind. **Leute der Eisenbahnverwaltung** sind also diejenigen Personen, welche innerhalb des auf Transport von Personen und Gütern gerichteten Gewerbebetriebes der Eisenbahn angestellt sind. Der Gewerbebetrieb ist hier im weitesten Umfange zu nehmen und namentlich nicht auf die unmittelbar auf den Transport gerichteten Handlungen zu beschränken. Zu den Leuten der Eisenbahnverwaltung, von welchen das Handelsgesetzbuch insbesondere auch in Art. 427 Abs. 2 spricht, gehören also nicht nur die Güterschaffner, Gepäckmeister, Lokomotivführer u. s. w., sondern auch die Wagenputzer, Lampenwärter, Portiers, Bahnwärter u. s. w. Ob dieselben mit dem konkreten Transporte beauftragt oder bei demselben unmittelbar beschäftigt sind, ist gleichgültig. Bei vielen der den einzelnen Bediensteten zugewiesenen Geschäftskreise ist eine Beziehung auf einen bestimmten einzelnen Transport sogar begrifflich ausgeschlossen. Wenn ein Wagenputzer, Lampenwärter, Personenzugsschaffner während seiner Beschäftigung auf dem Bahnhofe oder im Güterschuppen ein Kollo beschädigt oder beiseite bringt, so ist diese Handlung unzweifelhaft unter den Begriff der böslichen Handlungsweise der Leute der Eisenbahn im Sinne des Art. 427 Abs. 2 H.=G.=B. zu subsumiren. Die entgegengesetzte Auffassung würde mit dem Wortlaute der Bestimmung, in welcher eine Unterscheidung sich nicht findet, und mit deren ratio in Widerspruch stehen. Dem Art. 427 Abs. 2 liegt nämlich der Gedanke zu Grunde, daß, wie es gegen die guten Sitten verstößt, die Haftung für die durch eigene bösliche Hand-

lungsweise herbeigeführte Schädigung vertragsmäßig auszuschließen, das Gleiche auch für die Schädigung durch Handlungen solcher Personen gelten müsse, deren der Unternehmer sich als seiner regelmäßigen und nothwendigen Organe zur Ausführung seiner Unternehmungen bedienen muß, deren Thätigkeit er aber auch direkt und indirekt leitet und überwacht, die gleichsam eine Erweiterung seiner Persönlichkeit bilden, nicht ihm als besondere nur kontraktlich verpflichtete Personen gegenüberstehen. Gerade diese Auffassung aber führt wieder dazu, daß als **bösliche Handlungsweise der Leute der Eisenbahnverwaltung** nach Art. 427 Abs. 2 H.-G.-B. nicht jede von einer Person, die im Gewerbebetriebe der Eisenbahn angestellt ist, ausgehende bösliche Handlungsweise verstanden werden kann, gleichgültig, unter welchen Umständen dieselbe vorgenommen wird, sondern daß eine gewisse Beziehung zur Anstellung im Eisenbahnbetriebe vorhanden sein muß. Eine gewisse Beziehung, d. h. es ist nicht etwa das Erforderniß aufzustellen, daß die bösliche Handlung bei Gelegenheit einer Thätigkeit, mit welcher der Angestellte besonders beauftragt oder zu welcher er allgemein durch seine Anstellung berufen ist, vorgenommen sei. Es ist nicht anzunehmen, daß, wenn der Angestellte außerhalb der Dienstzeit oder an einem Orte, an welchen er durch seinen Dienst nicht gerufen, welchen zu betreten ihm vielleicht sogar untersagt ist, frevelhaft handelt, die Handlung darum schon nicht unter die gesetzliche Bestimmung falle. Es genügt vielmehr, damit die Handlung unter das Gesetz falle, daß die Anstellung im Gewerbebetriebe der Eisenbahn und die in Folge davon eingetretenen Umstände der betreffenden Person thatsächlich Veranlassung zur Vornahme der Handlung gegeben haben, oder daß die Handlung dadurch erleichtert, begünstigt worden ist. Nur wenn eine solche Beziehung gar nicht vorliegt, fällt die Handlung nicht unter die gesetzliche Bestimmung. Man wird hiernach zu der Annahme, daß eine Beziehung zwischen der Anstellung und der frevelhaften Handlung vorhanden sei, wohl fast immer gelangen, wenn keine dawidersprechenden Umstände vorliegen. Darum läßt sich aber doch noch keine eigentliche Präsumtion nach dieser Richtung aufstellen. Es ist Sache des erkennenden Richters, nach Prüfung aller Umstände sich darüber schlüssig zu machen, ob eine Beziehung der angegebenen Art anzunehmen sei. Die Erklärung darüber fällt in das Gebiet der thatsächlichen Feststellungen. R. VII. (40.) 126—128.

Art. 429.

Bei demselben Transport, durch mehrere Frachtführer (Eisenbahnen) bewirkt, kann die **Schadensersatzklage** doch **gegen den ersten Frachtführer** angestellt werden, **wenn der spätere Frachtführer die beschädigende Veränderung des Frachtbriefes vorgenommen hat.** Siehe hierüber bei Art. 401 ad R. I. (1.) 2. 3. **Art. 429.**

II.

Allgemeine Deutsche Wechsel-Ordnung.

Erster Abschnitt.

Von der Wechselfähigkeit.

Art. 1—3.

Art. 1—3. **Eine Ehefrau ist nicht schon deßhalb wechselfähig, weil ihr Vermögen von demjenigen ihres Ehemannes abgesondert ist.** Nach der in Doktrin und Jurisprudenz herrschenden Auslegung der Landrechtssätze 217 und 1449 (Rheinisches Recht) ist eine Ehefrau auch nach erlangter Vermögensabsonderung nur insoweit von der ehemännlichen Ermächtigung entbunden, als sie Verwaltungshandlungen vornimmt. Die Richtigkeit dieser Auslegung ergiebt sich aus einer richtigen Nebeneinanderstellung der gesetzlichen Bestimmungen. Es sind nämlich getrennt zu betrachten diejenigen Vorschriften, welche die Handlungsfähigkeit der Ehefrau betreffen, und diejenigen, welche die Verwaltungsbefugniß über ihr Vermögen regeln. — Die ersteren sind in den L.-R.-S. 1124. 1125 zu finden, worin die Ehefrauen in ihrer Art für unfähig erklärt sind, Verträge zu schließen, und in den L.-R.-S. 217. 219. 220. 221. 222. 224, welche näher bestimmen, daß eine Ehefrau, auch wenn sie in völliger Güterabsonderung lebt, ohne ehemännliche Ermächtigung keine Verträge abschließen könne. Betreffs der Verwaltung des eheweiblichen Vermögens ist das Prinzip in L.-R.-S. 1428 enthalten, wonach die Verwaltung auch des eigenen Vermögens der Ehefrau dem Ehemanne zusteht. Zunächst von diesem Prinzipe enthalten die L.-R.-S. 1449. 1536. 1576 Ausnahmen, indem danach die Ehefrau, wenn sie in völliger Gütertrennung lebt, die freie Verwaltung ihres Vermögens hat und ebenso die freie Verwaltung ihrer Paraphernalgüter, wenn Dotalehe besteht. Diese unmittelbaren Ausnahmen vom Prinzipe des L.-R.-S. 1428 führen allerdings zu einer mittelbaren Ausnahme auch von der Vorschrift des L.-R.-S. 217, allein die Beschränkung dieser Ausnahme auf das Gebiet der Verwaltungshandlungen ergiebt sich danach von selbst. — Was eine Verwaltungshandlung sei, ist in diesem Falle nicht sowohl aus den Vorschriften der L.-R.-S. 450. 457. 481. 483. 484. 489. 51. 1429. 1718 und 1988 zu entnehmen, als vielmehr nach den konkreten Vermögens- und Erwerbsverhältnissen zu beurtheilen. R. IV. (94.) 350. 351.

Zweiter Abschnitt.

Vom gezogenen Wechsel.

ad III. Indossament. Art. 9—17.

Eigentliches (volles) Indossament. Art. 9—11.

Vom Indossament überhaupt.

Art. 9.

Abs. 2. Beim **Depotwechsel** ist der Wechselgläubiger berechtigt, sich bei **Art. 9.** Verfall nöthigenfalls im Wege der Wechselklage zu decken, ohne daß er gehalten wäre, die durch den Depotwechsel zu sichernde Forderung zu substantiiren und nachzuweisen. Wäre letzteres der Fall, so würde nicht erfindlich sein, welche anderweitige Sicherheit der Depotwechsel noch bieten soll. Unerheblich ist auch, ob bei Begebung des Wechsels schon fest steht, daß eine Forderung, für welche er haften soll, zur Existenz kommen wird. Vielmehr ist der Wechselschuldner in allen Fällen wechselmäßig zur Zahlung verpflichtet und seinerseits zur Substantiirung und zum Nachweise der ihm aus dem unterliegenden Verhältnisse zur Seite stehenden Einwendungen verpflichtet, sofern er nicht etwa beweisen kann, daß nach dem zwischen ihm und dem Gläubiger getroffenen Abkommen die Geltendmachung des Wechsels überall nur unter der Voraussetzung erfolgen dürfe, daß eine Forderung aus dem unterliegenden Verhältnisse gegen den Wechselverpflichteten sich ergeben werde, in welchem Falle freilich die Kontrahenten dem Depotwechsel seine eigentliche Bedeutung und seinen Werth entzogen hätten. (Vgl. Entsch. des R.-O.-H.-G.'s Bd. 6, S. 439; Bd. 8, S. 142; Bd. 13, S. 238. 240; Bd. 16, S. 103; Bd. 17, S. 282.) RA. III. (142.) 305.

Erwerb des Eigenthums an einem Wechsel als körperlicher Sache seitens des ursprünglichen Nehmers mit Unterscheidung dieses dinglichen Momentes von obligatorischen Beziehungen zwischen Nehmer und Begeber des Wechsels. Der Nehmer und Inhaber eines Wechsels, auch eines eigenen Wechsels, kann denselben durch Indossament an einen anderen mit wechselrechtlicher Wirkung, sofern nicht vorschrifsmäßiges Verbot ausgedrückt ist, dergestalt übertragen, daß der Indossatar als Eigenthümer des Wechsels legitimirt und in gewissem Maße (W.-O. Art. 74. 98, Nr. 9) gegen Ansprüche auf Herausgabe geschützt wird (W.-O. Art. 9. 10. 36. 98, Nr. 2. 5). Allein durch das Indossament wird der Indossatar nur Gläubiger unmittelbar aus dem Wechsel, nur zur Einziehung der Wechselforderung, ohne Rücksicht auf unterliegende materielle causa, ermächtigt. Diese auf der selbständigen formalen Natur des Wechsels und Indossaments ruhenden, nach außen eintretenden Rechte und Wirkungen sind aber (Entsch. in Straff. Bd. 3, S. 37. 39), nicht für die davon unabhängige Frage maßgebend, wem im Verhältnisse zwischen dem ursprünglichen (unmittelbaren) Aussteller und Nehmer das Eigenthum an dem Wechsel als individueller körperlicher Sache, als Urkunde, (Papier) zustehe. Hierüber entscheiden die das konkrete materielle Rechtsgeschäft nach Civilrecht beherrschenden Grundsätze. R. f. Str. V. (2.) 6.

V. Annahme. (Acceptation.)

Art. 21.

1. Der Accept-Vertrag.

ad b. Das Accept.

Art. 21. Der Nehmer eines Blankoacceptes ist im Zweifel lediglich befugt, demselben die regelmäßige Form einer Tratte zu geben. Sein Ausfüllungsrecht erstreckt sich sonach nicht mit auf die Domizilirung. Denn daß der Trassat selbst in seinem Wohnorte die Zahlung leistet, bildet die Regel. Dagegen ist die Bestimmung eines von seinem Wohnorte verschiedenen Zahlungsortes als Ausnahme zu betrachten, schon darum, weil der Bezogene die Mittel zur Zahlung gewöhnlich nur an seinem Wohnorte bereit hält. **Soll der Blankettnehmer den Wechsel domiciliren dürfen, so muß ihm das ausdrücklich oder doch durch Aeußerungen oder Handlungen verstattet sein, aus denen auf den bezüglichen Willen des Gebers sicher geschlossen werden kann.** R. III. (19.) 60—64. [III. (9.) 51. XIV. (118.) 382. XV. (122.) 431. XXIII. (73.) 211. XXIII. (38.) 126.]

Art. 24.

ad 4. Besonderes über Domicil-Wechsel.

Art. 24. Zu den wesentlichen Erfordernissen eines Wechsels gehört die Benennung eines Domiciliaten nicht; wenn diese auch nach Inhalt des Wechsels intendirt war und nachher unterblieb, so wird dadurch die übernommene Wechsel-Verpflichtung nicht hinfällig, auch der der Intention der Parteien entsprechende Ort der Präsentation und Zahlung des Wechsels nicht alterirt, vielmehr hat **die Unterlassung der Einschreibung eines Domiciliaten** in den Wechsel nur die Wirkung, daß der Aussteller selbst an dem bestimmten Zahlungsorte die Zahlung leisten und daß dort auch gemäß Art. 19 W.-O. die Präsentation erfolgen muß. R. V. (18.) 78. 79.

VI. Regreß auf Sicherstellung.

ad 2. Regreß auf Sicherstellung wegen Unsicherheit des Acceptanten, sog. Securitäts-Regreß.

Art. 29.

Art. 29. **Der Regreß auf Sicherstellung wegen Unsicherheit des Acceptanten eines gezogenen Wechsels bezw. des Ausstellers eines eigenen Wechsels beschränkt sich auf nicht fällige Wechsel.** Nach Art. 29 Nr. 1 W.-O. kann der Inhaber des Wechsels und jeder Indossatar (d. h. der Remittent, sowie der Indossatar, W.-O. Art. 26, Thöl W.-R. §. 243 Not. 17, S. 405) auch vom Acceptanten Sicherheitsstellung dann fordern, wenn über das Vermögen des Acceptanten der Konkurs eröffnet worden ist, oder der Acceptant auch nur seine Zahlungen eingestellt hat. Diese Vorschrift über den

Sicherheitsregreß gilt nach Art. 98 Nr. 4 a. a. O. auch für eigene Wechsel mit der Maßgabe, daß der Regreß im Falle der Unsicherheit des Ausstellers stattfindet. Dieser Regreß setzt einen noch nicht fälligen Wechsel voraus. Der Anspruch des Wechselinhabers geht darauf, zur Verfallzeit Zahlung zu erhalten, und zwar entweder von dem Acceptanten oder im Wege des Regresses von den Vormännern. Aus diesem Rechtsverhältnisse folgt seine Befugniß, Sicherheit zu fordern, wenn die künftige Zahlung der acceptirten Summe durch Unsicherheit des Acceptanten in den Fällen des Art 29 Nr. 1 und 2 a. a. O. unwahrscheinlich geworden ist. Wegen der fälligen Wechsel bedurfte es keiner besonderen Bestimmungen, weil hier die allgemeinen civilrechtlichen Vorschriften über die Befugniß zur sofortigen Anstellung der Wechselklage und eventuell des Arrestgesuches zur Sicherung der Wechselgläubiger ausreichen (W.-O. Art. 81, C.-P.-O. §. 565 flg. 790 flg.) (Vgl. Protokolle und Motive zum Entw. einer W.-O., Leipzig 1848, S. LV. LVI. 63; Thöl, Wechselr. §. 243, S. 402; Hartmann, W.-R. §. 117, S. 339.) R. f. Str. III. (73.) 195. 196. [V. (26.) 108. VII. (87.) 333.]

VII. Erfüllung der Wechselverbindlichkeit.

1. Zahlungstag.

Art. 31.

Abs. 2. Die Wechselverbindlichkeit des Ausstellers eines eigenen Sichtwechsels geht nicht dadurch verloren, daß der Wechsel nicht innerhalb der Frist des Art. 31 W.-O. präsentirt worden ist. Die Bestimmung des Art. 31 Abs. 2 ergiebt hinsichtlich des gezogenen Sichtwechsels, daß die Versäumung der vorgeschriebenen Präsentation den Verlust des Wechselanspruches gegen den Aussteller und die Indossanten, nicht aber auch gegen den Acceptanten nach sich zieht. Wenn man sich nun vor Augen hält, daß hinsichtlich des gezogenen Wechsels der Acceptant derjenige Wechselschuldner ist, welcher die Wechselzahlung versprochen und damit die direkte Wechselverbindlichkeit auf sich genommen hat und dagegen der Aussteller und die Indossanten nur einem Regreßanspruche unterworfen sind, so ist hiermit nicht blos das Motiv der im Art. 31 Abs. 2 getroffenen Unterscheidung gegeben, sondern man muß hiernach auch geradezu den Kern und das juristische Wesen des Inhaltes dieser Gesetzesbestimmung darin finden, daß nur die Fortdauer des Regreßanspruches an das Erforderniß der Präsentation hat geknüpft sein sollen. Hieraus folgt, daß die Beantwortung der Frage, ob durch die im Art. 98 Ziff. 5 vorgeschriebene Anwendung des Art. 31 auf den eigenen Wechsel das Präjudiz dieses Artikels auf den Aussteller des eigenen Sichtwechsels erstreckt sei, von der rechtlichen Natur der demselben obliegenden Wechselverbindlichkeit abhängen muß. Nun hat aber in dem eigenen Wechsel der Aussteller die Zahlung der Wechselsumme versprochen; derselbe haftet daher direkt als Hauptwechselschuldner und nicht erst im Regreßwege. [III. (41.) 186 ff. Dieser Entscheidung hat sich seitdem auch die Literatur angeschlossen; Thöl, Wechselrecht 4. Aufl. S. 153 Note 20; Kowalzig, W.-O. Note 79 zu Art. 98; Rehbein, W.-O. S. 111 Note 12; im ent-

gegengesetzten Sinne hat früher, 1864, das Obertribunal zu Berlin entschieden (Entsch. Bd. 50, S. 369).] — Die Rechtslage, welcher der Aussteller eines eigenen Sichtwechsels in Konsequenz der gegenwärtigen Entscheidung ausgesetzt ist, ist keine andere, als diejenige, in welche auch der Acceptant eines gezogenen Sichtwechsels in Folge der klaren Bestimmung des Art. 31 Abs. 2 gerathen kann. Und da auch die Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichtes über den Beginn der Wechselverjährung sich gleichmäßig auf den letzteren Fall erstreckt [IV. (70.) 344], so ist ein Zusammenhang derselben mit der gegenwärtigen Frage nicht anzuerkennen. R. III. (4.) 7. 8.

2. Zahlung.

Art. 36.

ad a. Zahlungsempfänger.

Art. 36. **Gegen die Klage eines durch Indossament legitimirten Wechselinhabers ist die Einrede zulässig, daß derselbe den Besitz des Wechsels nicht auf Grund eines Wechselbegebungsvertrages erlangt habe.** Siehe hierüber bei Art. 82 ad R. V. (20.) 82—84.

Art. 39.

ad e. Quittirung der Zahlung.

Art. 39. **Auf Grund eines Wechsels, welcher eine vom protesterhebenden Gläubiger beigefügte, nicht durchstrichene Quittung trägt, kann Wechselklage erhoben werden.** Wenn der Inhaber eines Wechsels solchen mit einer Quittung (das Datum des Verfalltages tragend) versehen, zur Zahlung präsentiren und mangels Zahlung protestiren läßt, so ist klar, daß diese Quittung nur im Hinblick auf Art. 39 W.-O., welcher bestimmt, daß der Wechselschuldner nur gegen Aushändigung des quittirten Wechsels zu zahlen verpflichtet sei, also nur für den Fall der Zahlung auf den Wechsel geschrieben wurde, und nachdem dieser Fall nicht eintrat, ohne Bedeutung ist. Unrichtig ist, daß eine auf dem Wechsel stehende allgemeine Quittung die Form des Wechsels zerstört und demselben jede wechselrechtliche Wirkung nimmt (vgl. Thöl, Wechselrecht §. 183 Ziff. 3). R. VII. (22.) 67.

Der Wechselinhaber, welchem die ganze Wechselregreßsumme, zum Theil von dem Trassanten an eigene Ordre und ersten Indossanten, zum Theil von dem Acceptanten, gezahlt ist, ist verpflichtet, dem ersteren den Wechsel und die Urkunde über den Protest mangels Zahlung auszuhändigen. Siehe hierüber bei Art. 54 ad R. IV. (16.) 58—60.

Dem auf Aushändigung klagenden Trassanten liegt nicht die Klarlegung ob, daß der beklagte Zahlungsempfänger den Wechsel noch besitzt. Siehe hierüber bei Art. 54 ad R. IV. (16.) 60. 61.

VIII. Regreß mangels Zahlung.

Freiwillige Einlösung eines mangels Zahlung protestirten Wechsels seitens des Wechselschuldners.

Art. 48.

Der Wechselinhaber, welchem die ganze Wechselregreßsumme, zum Theil von dem Trassanten an eigene Ordre und ersten Indossanten, zum Theil von dem Acceptanten, gezahlt ist, ist verpflichtet, dem ersteren den Wechsel und die Urkunde über den Protest mangels Zahlung auszuhändigen. Siehe hierüber bei Art. 54 ad R. IV. (16.) 58—60. Art. 48.

Dem auf Aushändigung klagenden Trassanten liegt nicht die Klarlegung ob, daß der beklagte Zahlungsempfänger den Wechsel noch besitzt. Siehe hierüber bei Art. 54 ad R. IV. (16.) 60. 61.

Art. 54.

Einlösung des mangels Zahlung protestirten Wechsels seitens des Regreßpflichtigen gegen Aushändigung des Wechsels, des Protestes und einer quittirten Retourrechnung.

Der Wechselinhaber, welchem die ganze Wechselregreßsumme zum Theil von dem Trassanten an eigene Ordre und ersten Indossanten, zum Theil von dem Acceptanten, gezahlt ist, ist verpflichtet, dem ersteren den Wechsel und die Urkunde über den Protest mangels Zahlung auszuhändigen. Der Acceptant einer Tratte, bei welcher der Trassant die Uebertragung nicht durch die Worte „nicht an Ordre" oder einen gleichbedeutenden Ausdruck untersagt hat, verpflichtet sich durch sein Accept, jeden, welcher die Tratte als Wechselinhaber erwirbt und begiebt, (durch Wechselzahlung zu Verfall an den legitimirten Wechselinhaber und die dadurch bewirkte Aufhebung der ganzen Wechselobligation) vor dem Inanspruchgenommenwerden als Wechselregressat zu bewahren. Eben deßwegen muß der Acceptant (wie solches auch aus der Bestimmung des Art. 81 W.-O. folgt), wenn er gegen Präsentation des Wechsels durch den legitimirten Wechselinhaber diesem die Wechselsumme ganz oder theilweise nicht zahlt, dem (nach erhobenem Protest mangels Zahlung) im Wege des Wechselregresses in Anspruch genommenen Vormanne des protestlevirenden Wechselinhabers, welcher sich durch den Besitz des Wechsels und Protestes mangels Zahlung legitimirt, denjenigen Wechselregreßsummenbetrag erstatten, beziehungsweise zahlen, welchen jener Wechselregressat (nach Maßgabe der von ihm gezahlten oder durch Rimesse berichtigten Summe) gemäß Art. 51 W.-O. sich berechnen darf. Folgeweise ist der Acceptant (wenn er, nach Levirung des Protestes mangels Zahlung, nur einen Theil der Wechselregreßsumme und demnächst ein Vormann des Wechselinhabers, als Wechselregressat, den Rest der Wechselregreßsumme zahlt, oder, wenn ein Vormann des Wechselinhabers, als Wechselregressat, zuerst einen Theil der Wechselregreßsumme und demnächst der Wechselacceptant den noch nicht berichtigten Theil der Wechselregreßsumme dem Wechsel- Art. 54.

inhaber zahlt) nicht berechtigt, von dem Wechselinhaber die Aushändigung des Wechsels und Protestes zu fordern; vielmehr darf er nur die Abschreibung der von ihm (dem Acceptanten) geleisteten Zahlung auf dem Wechsel und Quittung auf einer Abschrift des Wechsels verlangen. Da der als Wechselregressat zahlende Vormann des Wechselinhabers den Acceptanten auf Zahlung der ihm zustehenden Wechselregreßsumme wechselmäßig zu belangen berechtigt ist, und zur Geltendmachung dieses Wechselrechts der beregten Wechselpapiere bedarf, so würde darin, daß der Acceptant (unter den gekennzeichneten Voraussetzungen) sich den Besitz des Wechsels von dem Wechselinhaber beschaffte, ein rechtswidriges Verhalten gegenüber jenem Vormanne liegen. Der Wechselinhaber aber hat, nachdem er vollständig befriedigt worden, keinen ferneren Grund zu dem Haben jener Wechselpapiere, als den, dieselben zur Verfügung seines Vormannes zu halten, welchem er jene Urkunde gewähren muß als die nothwendigen Mittel zu wechselmäßiger Verfolgung des Rechts dieses Vormannes auf den diesem zustehenden Wechselregreßsummenbetrag gegen die ihm dafür haftbaren im Wechselverbande stehenden Personen, also, wenn jener Vormann selbst Vormänner besitzt, gegen diese und den Acceptanten, wenn jener Vormann aber Trassant an eigene Ordre und erster Girant ist, gegen den Acceptanten. Diese Normen entfließen dem Geiste der Wechselordnung, wie derselbe den Artt. 8. 14. 39. 48 und 54 derselben zu Grunde liegt und als Gesetzeswille aus ihnen erhellt. R. IV. (16.) 58—60.

Dem auf Aushändigung klagenden Trassanten liegt nicht die Klarlegung ob, daß der beklagte Zahlungsempfänger den Wechsel noch besitzt. Es handelt sich nicht um eine Vindikation oder um eine Klage auf Exhibition, sondern um die Klage auf Erfüllung der durch das Fordern und den Empfang der Wechselregreßsumme begründeten Pflicht zur Aushändigung jener Papiere unter Quittungsleistung über die empfangene Zahlung, bei welcher der Kläger, als solcher, ebensowenig den beklagtischen Besitz klar zu legen verpflichtet ist, as der auf Uebergabe der verkauften Sache aus dem Kaufvertrage gegen den Verkäufer klagende Käufer den Besitz des Verkäufers. R. IV. (16.) 60. 61.

XIII. Wechselverjährung.

Art. 77.

Verjährung des wechselmäßigen Anspruches gegen den Acceptanten.

Art. 77. **Die Wechselverjährung ist,** ebenso wie die Verjährung überhaupt, nicht ein prozeßrechtliches Institut, sondern ein materiellrechtlicher Grund der Aufhebung der Obligation. Hieraus folgt, daß dieselbe zu beurtheilen ist **nach demjenigen örtlichen Rechte, welches das gesammte Obligationsverhältniß überhaupt beherrscht.** R. VI. (5.) 25. **Verjährung des Wechselanspruches an den Acceptanten eines domizilirten Wechsels.** Durch die Domizilirung des Wechsels wird der Domizilort zum Sitze der Wechselobligation gemacht. Da die Zahlung der Wechselsumme nur gegen Aushändigung des Wechsels verlangt werden kann, so soll nach der in der Domizilklausel ausgedrückten Vertragsabsicht die

Wechselverbindlichkeit des Acceptanten am Domizilort zwischen ihm und dem derzeitigen Inhaber des Wechsels einerseits durch Zahlung und andererseits durch Rückgabe des Wechsels zur vollständigen und förmlichen Erledigung gebracht werden, und es muß daher die Erledigung der Wechselobligation und folglich die ganze Obligation nach dem am Domizilorte geltenden Rechte beurtheilt werden. R. VI. (5.) 25. 26 [XXIV. (49.) 181. R. I. (51.) 126. R. II. (6.) 13.]

Ueber einen Fall der **Statutenkollision** siehe bei Art. 100 ad R. VII. (7.) 21—24.

XIV. Klagerecht des Wechselgläubigers.

Art. 81.

Wechselmäßige Verpflichtung.

Abs. 1. Die Verbürgung in Wechselform enthält nicht zugleich eine civilrechtliche Verbürgung, sondern sie begründet zunächst nur eine Wechselverpflichtung. Ob nur eine wechselmäßige, sogenannte verkleidete Bürgschaft oder daneben noch eine civilrechtliche Bürgschaft hat übernommen werden wollen, ist im einzelnen Falle thatsächlich vorzustellen. Die Haftbarkeit als civilrechtlicher Bürge liegt nicht schon darin, daß die Verbürgung in Wechselform übernommen wurde. Die Wechselverpflichtung begreift, wenn eine Verbürgung das Motiv derselben ist, nicht nothwendig und ohne Rücksicht auf den Umfang des erklärten Bürgschaftswillens, die civilrechtliche Bürgschaft mit deren im bürgerlichen Rechte begründeten Wirkungen in sich. — Wenn vom Gläubiger behauptet wird, daß der Bürge eine umfassendere Verpflichtung, nämlich eine civilrechtliche Bürgschaft, welche über die durch den Wechsel des Bürgen übernommene Wechselverpflichtung hinausrage und nach dem Erlöschen der Wechselverpflichtung diese überdauere, übernommen habe, der Bürge aber bestreitet, diese umfassendere Verpflichtung übernommen zu haben, und eventuell nur eine aus dem Verbürgungswillen als Motiv hervorgegangene Wechselverpflichtung aber nur eine hierauf beschränkte, eine nach dem Erlöschen der Wechselpflicht fortbestehende civilrechtliche Verbindlichkeit nicht in sich begreifende Verpflichtung zugiebt, so **hat nach allgemeinen Beweisregeln nicht der Bürge darzulegen und zu beweisen, daß er nur die beschränktere Pflicht übernommen, es muß vielmehr der Gläubiger beim Bestreiten des Bürgen beweisen, daß der Bürge die umfassendere Verpflichtung, sei es ausdrücklich oder in konkludenter Weise, übernommen habe.** R. IV. (3.) 10—13. [II. (82.) 365.] Art. 81.

Art. 82.

Einreden.

Die Einrede des dolus.

Dem durch Betrug des Indossanten zur Acceptation bestimmten Wechselschuldner steht die exceptio doli gegenüber dem Indossatar des Betrügers, welcher die Wechselforderung lediglich in dessen Interesse geltend macht, auch dann entgegen, wenn das Indossament formell nicht Art. 82.

in procura gefaßt ist, und wenn der Indossatar von dem Sachverhalte erst durch die Darstellung des Wechselschuldners im Prozesse unterrichtet wird. Ist die Wechselforderung des Indossanten gegen den Acceptanten dadurch entstanden, daß dieser durch Betrug des Indossanten zum Accept bestimmt ist, so macht sich der Indossatar, wecher den Wechsel lediglich im Interesse und für Rechnung seines Indossanten geltend macht, nicht blos dann zum Werkzeug der Arglist des letzteren, wenn er den Wechsel, als er sich denselben giriren ließ, in dem Bewußtsein übernahm, daß der Wechsel eingezogen werden sollte, um dem Indossanten die Früchte seiner rechtswidrigen Handlung zu sichern und zuzuführen, sondern auch dann, wenn er im Laufe des Prozesses erfährt, auf welche Weise der Indossant die Wechselforderung erworben hat, und nunmehr trotzdem im Interesse des eigentlichen Wechselgläubigers, und um diesem die Vortheile seiner Arglist zu sichern, den im eigenen Namen geltend gemachten Anspruch aufrecht hält und weiter durchzuführen sucht. Der Umstand, daß das Indossament formell nicht in procura gefaßt ist, daß dasselbe den Indossatar als selbständig Berechtigten erscheinen läßt, beseitigt die Thatsache nicht, daß sich der Indossatar zum Werkzeuge fremder Arglist macht, schließt also die exceptio doli in ihrer Richtung gegen die Person des Indossatars selbst nicht aus. R. IV. (27.) 100. 101.

Verschiedene andere Einreden.

Gegen die Klage eines durch Indossament legitimirten Wechselinhabers ist die Einrede zulässig, daß derselbe den Besitz des Wechsels nicht auf Grund eines Wechselbegebungsvertrages erlangt hat. Die Zulässigkeit der Einrede hängt nach Art. 82 W.-O. nur davon ab, ob dieselbe im Wechselrechte selbst begründet ist. Dies ist bei vorwürfiger Einrede der Fall. Zum Uebergange des Wechselanspruches auf eine dritte Person ist die bloße Erlangung des Besitzes des mit entsprechendem Indossamente (Vollgiro oder Blankogiro) versehenen Wechsels nicht ausreichend; es ist hierzu vielmehr ein durch Indossament bethätigter, im Geben und Nehmen des Wechsels beruhender Wechselvertrag, der Begebungs- oder Uebertragungsvertrag, erforderlich. Dies folgt aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, sowie aus der Fassung des Art. 9 W.-O.: „Der Remittent kann den Wechsel an einen Andern durch Indossament übertragen", und ist auch sowohl in der Literatur wie in der Praxis anerkannt. (Thöl, Wechselrecht §§. 55. 108. Entsch. des R.-O.-H.-G.'s Bd. 19, S. 33.) Der Art. 10 W.-O.: „Durch das Indossament gehen alle Ansprüche aus dem Wechsel auf den Indossatar über", ist zu verstehen von dem mit einem Begebungsvertrage verbundenen Indossament. Der Art. 36 W.-O. ergiebt nur, daß der Besitz eines gehörig indossirten Wechsels zur Legitimation des Inhabers genügt; daraus folgt allerdings, daß einem Nachmanne die Einrede des unrechtmäßigen Besitzes seines Vormannes nicht entgegengestellt werden kann, aber zu Gunsten des zeitigen Inhabers beruht diese Legitimation nur in der Präsumtion der Rechtmäßigkeit seines Besitzes und sie kann daher von dem durch ihn belangten Wechselschuldner widerlegt werden durch den Beweis, daß der Kläger den Wechsel von seinem Vormanne nicht in rechtmäßiger Weise — mittelst einer Begebung des Wechsels — erlangt habe. R. V. (20.) 82—84.

XV. Ausländische Gesetzgebung.

Art. 86.

Ueber die Form der mit einem Wechsel an einem ausländischen Platze zur Ausübung oder Erhaltung des Wechselrechtes vorzunehmenden Handlungen.

Nach der heutzutage allgemein anerkannten Rechtsanschauung, welche auch im Art. 86 der deutschen W.-O. ihren Ausdruck gefunden hat, genügt hinsichtlich der **Form der Rechtsgeschäfte** die Beobachtung der Form desjenigen Rechtsgebietes, in welchem das Rechtsgeschäft zu wirken bestimmt ist. R. I. (119.) 323. **Art. 86.**

XVI. Protest.

Art. 88.

b) Protesturkunde.

Allgemeines.

Ziff. 3. Mangelhaftigkeit eines Wechselprotestes, wenn in der Protesturkunde nicht vermerkt ist, daß der Protestat abwesend war. Nach Vorschrift des Art. 88 Nr. 3 der W.-O. muß der Protest enthalten: das an die Person, gegen welche protestirt wird, gestellte Begehren, ihre Antwort und die Bemerkung, daß sie keine gegeben habe oder nicht anzutreffen gewesen sei. Der den Protest aufnehmende Beamte hat also nach den Protestaten zu fragen, und, wenn ein solcher nicht zu treffen ist, dessen Abwesenheit im Proteste zu beurkunden. Wenn also z. B. ein Geschäftstheilhaber oder der Prokurist des Geschäftes nicht anwesend ist, so darf der Protestbeamte nicht ohne weiteres mit dem Kassirer des Geschäfts verhandeln, denn dieser ist für die Regel ein einfacher Bediensteter. Nur wenn in diesem Falle der Protestat abwesend ist, — und daß dies der Fall, muß sodann in der Protesturkunde konstatirt werden —, kann der Protestbeamte mit dem anwesenden Dienstpersonal wirksam verhandeln. R. III. (27.) 90. 91. **Art. 88.**

XVII. Ort und Zeit für die Präsentation und andere im Wechselverkehr vorkommende Handlungen.

Art. 92.

Zeit der Präsentation rc.

Kirchliche Festtage sind in Preußen keine allgemeinen Feiertage im gesetzlichen Sinne, wenn sie nicht durch Staatsgesetze dafür erklärt sind. So ist z. B. in den altpreußischen Provinzen der Epiphaniastag (6. Januar) kein allgemeiner Feiertag. Die durch Einführung der deutschen Wechselordnung (§. 1 der Einf.-Ord. vom 6. Januar 1849 und des Ges. **Art. 92.**

vom 15. Februar 1850) formell aufgehobenen §§. 870. 855 II. 8 A. L.-R.'s ordneten an, daß an Sonn-, hohen Fest- und Bußtagen, am Neujahrs- und Charfreitage die Annahme eines präsentirten Wechsels und die Zahlung eines Wechsels nicht verlangt werden könne. Es waren damit neben den Sonn- und Bußtagen und den speciell benannten Tagen nur die hohen Festtage als allgemeine Feiertage anerkannt. Diesen hohen Festtagen ist der Epiphaniastag, der in der evangelischen Kirche nicht überall gefeiert wird und dessen Feier, wo sie in Preußen besteht, nach dem auf einer Allerhöchsten Ordre beruhenden Erlasse des evangelischen Ober-Kirchenrathes vom 1. Dezember 1877 (kirchliches Gesetz- und Verordnungsblatt Jahrgang 1878 S. 2) auf den Antrag des Gemeinde-Kirchenrathes in der betreffenden Gemeinde aufgehoben werden kann, nicht beizuzählen. Er ist namentlich auch in den Kabinets-Ordern vom 5. Juli 1832 (G.-S. S. 197), vom 7. Februar 1837 (G.-S. S. 21) und vom 22. Juli 1839 (G.-S. S. 249), welche für die zumeist von katholischer Bevölkerung bewohnte Rheinprovinz die gesetzlichen Feiertage bestimmen, als zu den letzteren gehörig nicht anerkannt. Vielmehr sind dort ausdrücklich zu gesetzlichen Feiertagen außer den Sonntagen nur der Neujahrstag, der Pfingstmontag, der Christtag, zweite Weihnachtsfeiertag, Charfreitag und Allerheiligentag erklärt. R. f. Str. II. (165.) 398—400 R. A. II. (212.) 434—437.

Dritter Abschnitt.

Von eigenen Wechseln.

Art. 98.

Gleichartiges des eigenen Wechsels mit dem gezogenen Wechsel.

Art. 98. Ziff. 5. **Die Wechselverbindlichkeit des Ausstellers eines eigenen Sichtwechsels geht nicht dadurch verloren, daß der Wechsel nicht innerhalb der Frist des Art. 31 W.-O. präsentirt worden ist.** Siehe hierüber bei Art. 31. Abs. 2 ad R. III. (4.) 7. 8.

Art. 100.

Ueber Verjährung beim eigenen Wechsel. Statutenkollision betr.

Art. 100. Nach der in Deutschland vorherrschenden Ansicht, (vgl. Seuffert, Archiv Bd. 13, Nr. 5 und Entsch. d. R.-O.-H.-G.'s Bd. 14, Nr. 82 S. 258 fg.; Bd. 18, Nr. 49 S. 187), welcher sich auch das Reichsgericht bereits in wiederholten Entscheidungen angeschlossen hat (vgl. Entsch in Civils. Bd. 2, Nr. 6 S. 13 fg. Vgl. auch Bd. 6, Nr. 5 S. 25), ist die Klagverjährung nicht ein prozessualisches Institut, sondern als dem materiellen Rechte angehörig anzusehen, und ist daher auch die Einrede der Verjährung der eingeklagten Forderung nach demjenigen Rechte zu beurtheilen, welches für die Obligation auch im übrigen als maßgebend erscheint. Die Verjährung der Forderungen liegt an sich nicht in der rechtlichen Natur derselben, sondern gehört dem positiven Rechte an und die desfallsigen Bestimmungen des deutschen Rechtes sind weder prozessualer Natur noch sonst wie Vorschriften von absolutem Charakter zu betrachten. **Der deutsche Richter hat daher,**

wenn die eingeklagte Forderung materiell nicht dem am Sitze des Prozeßgerichtes geltenden, sondern einem Rechte des Auslandes unterliegt, nach diesem aber die Verjährung ein lediglich prozessuales, die Forderung selbst nicht afficirendes Institut ist und der Richter stets nur sein einheimisches Recht anzuwenden hat, die Einrede der Verjährung nicht nach deutschem Rechte zu beurtheilen, sondern dieselbe, obwohl sie nach diesem (Art. 100 W.=O.) begründet sein würde, zu verwerfen. R. VII. (7.) 21—24.

Anhang.

A. Civilrechtliche Folgen.

ad II. 2 a. Ueber die verschiedenen Arten der den Valuta- und Revalirungs-Klauseln im Wechsel zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse.

Der Wechselschuldner, welcher den Wechsel über eine ihm obliegende Vorauszahlung auf ihrer Entstehung nach ungewisse Forderungen aus einem Vertragsverhältniß gegeben hat, hat zur Abwehr des erst nach beendigtem Vertragsverhältniß erhobenen Wechselanspruches nicht zu beweisen, daß keine Forderungen entstanden sind, sondern es liegt dem Wechselgläubiger der Beweis ihres Entstandenseins ob. Die Pränumeration in der Erwartung, daß der Empfänger entsprechende Forderungen erwerben werde, hat nicht die Wirkung, daß der Zahlende bei Beendigung des Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen die Forderungen entstehen konnten, für die Kondiktion des Gezahlten den Beweis der Nichtentstehung der Forderungen zu führen hätte. Vielmehr liegt es in den natürlichen Verhältnissen und entspricht dem präsumtiven Willen der Betheiligten, daß gezahlt ist vorbehaltlich der Verrechnung durch Nachweis entstandener Forderungen seitens des Empfängers bei Beendigung des Rechtsverhältnisses. [II. (42.) 182. VI. (62.) 272. VII. (61.) 236. XI. (23.) 56. XV. (63.) 218.] Unter denselben Bedingungen, unter welchen der Wechselschuldner die geleistete Zahlung kondiziren könnte, kann er auch das ertheilte Wechselversprechen kondiziren und diese Kondiktion einwandsweise dem Zahlungsbegehren aus dem Wechselversprechen entgegenstellen. R. V. (7.) 25—28.

ad III 1. Festigung der Wechselverpflichtung durch Wechselbürgschaft.

Die §§. 342 flg. A. L.=R. I. 14 finden auf den Regreßanspruch des Wechselbürgen Anwendung. Die §§. 342 flg. A. L.=R. I. 14 enthalten über den vom Bürgen, der die Schuld gezahlt hat, an den Hauptschuldner zu nehmenden Regreß wesentlich andere Bestimmungen, als das gemeine Recht. Das letztere versagt dem Bürgen, der an den Gläubiger Zahlung geleistet hat, nachdem die Schuld bereits vom Hauptschuldner getilgt worden, die actio mandati contraria gegen den Hauptschuldner nur, wenn der Bürge bei seiner Zahlung von der bereits erfolgten Zahlung Kenntniß erhalten hatte, und verlangt vom Hauptschuldner die Benachrichtigung des Bürgen

von der erfolgten Zahlung, damit vermieden werde, daß der Gläubiger vom Bürgen nochmals Zahlung mit Erfolg fordere (l. 19 pr. §. 2 Dig. mand. 17, 1). Das A. L.-R. dagegen verlangt vom Bürgen, der zur Zahlung aufgefordert wird, daß er sich um die Einwilligung des Hauptschuldners in die Zahlung bemühe, und daß er es, wenn er eine schriftliche Einwilligung nicht habe erhalten können, auf den Prozeß ankommen lasse, — giebt auch dem Hauptschuldner der Regreßklage des Bürgen gegenüber, welcher ohne Beobachtung der gedachten Obliegenheit gezahlt hat, alle Einwendungen, welche der Hauptschuldner dem Gläubiger würde haben entgegensetzen können. Die Anwendbarkeit der landrechtlichen Bestimmungen auf die durch Mitunterschrift eines Wechsels übernommene Bürgschaft kann an sich dadurch nicht als ausgeschlossen gelten, daß der Wechselverkehr in höherem Grade als der sonstige Rechtsverkehr es mit sich bringt, daß, sowie der Berechtigte darauf rechnet, am Verfalltage pünktlich Zahlung zu erhalten, so der Verpflichtete sich darauf gefaßt machen muß, nach Eintritt der Fälligkeit bei Präsentation des Wechsels Zahlung zu leisten. Ebensowenig ist der bisher in Geltung gewesene Wechselprozeß mit seinen strengeren Formen und kürzeren Fristen mit der Anwendung jener Bestimmungen schlechthin unverträglich. Auch läßt sich aus der formellen Natur der Wechselobligation, die sich insbesondere darin kundgiebt, daß der Wechselbürge dem Gläubiger gegenüber auf die Rechtswohlthaten, welche der Civilbürge dem Gläubiger gegenüber hat, keinen Anspruch machen kann, kein sicherer Schluß auf die Unanwendbarkeit der fraglichen Rechtsnormen machen. Endlich steht auch die besondere Bedeutung, welche der Wechselurkunde im Gegensatze zu anderen Schuldurkunden für die Realisirung und Uebertragbarkeit der Wechselforderung beiwohnt und die ihr die Bezeichnung eines Trägers der Obligation verschafft hat, der Anwendung jener Rechtssätze nicht nothwendig entgegen. Wenn aber auch diese Erwägungen an und für sich die in Rede stehenden Vorschriften noch nicht als unanwendbar erscheinen lassen, so sind sie doch von erheblichstem Einflusse auf die rechtliche Beurtheilung des zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen zu Stande gekommenen Vertrages, auf Grund dessen die Bürgschaftsübernahme erfolgt ist, und sie machen es nothwendig, den Vertragswillen der Kontrahenten dahin aufzufassen, daß der Bürge, von dem nach eingetretener Fälligkeit bei Vorlegung des von ihm mitunterschriebenen Wechsels die Zahlung der Wechselsumme verlangt wird, unter der Voraussetzung, daß er von den Umständen, die ihm eine Einrede gegen die Klage auf Zahlung geben würden, keine Kenntniß erhalten, als vom Hauptschuldner mit wechselmäßiger Zahlung an den Wechselgläubiger beauftragt angesehen werden müsse. Die Folge davon ist, daß ihm aus der Zahlung trotz der inzwischen erfolgten, aber ihm unbekannt gebliebenen Tilgung der Schuld die Regreßklage gegen den Hauptschuldner ebenso zusteht, wie das gemeine Recht dem Bürgen in gleichem Falle die actio mandati contraria giebt. R. III. (62.) 219—221.

Der Wechselacceptant hat gegen den Trassanten keinen Anspruch auf volle Deckung, wenn er mit dem Wechselgläubiger akkordirt hat. Allerdings kann dem Bürgen, welcher eine fremde Verbindlichkeit auf sich genommen hat, von dem Gläubiger ein Erlaß in der Absicht gewährt werden, dem Bürgen eine Vermögenszuwendung zu machen. Hier hat der Hauptschuldner keinen Anspruch darauf, daß ihm aus dem Vermögen des Gläubigers etwas zu gute komme, wenn der Gläubiger dieses Vermögen

durch den schenkungsweisen Erlaß der Forderung nur dem Bürgen zuwenden will. Daraus hat der Bürge in solchem Falle den Regreß, wie wenn er gezahlt hätte. Anders aber ist es, wenn der Wechselgläubiger dem Wechselacceptanten nicht deßwegen einen Nachlaß gewährt hat, um ihm Vermögen zuzuwenden, sondern wenn er akkordirt hat, weil er mehr nicht bekommen konnte. R. IV. (22.) 77–81.

B. Wechselprozeß.

ad I. Ueber den Wechselprozeß und dessen Zulässigkeit im Allgemeinen.

Der Unterschied des ordentlichen von dem Urkundenprozesse §§. 230. 555 C.-P.-O. — ist in der Nothwendigkeit begründet, daß in dem letzteren die den Anspruch beweisenden Urkunden gleich der Klage beigefügt und mit derselben dem Beklagten zugestellt werden — §. 556 a. a. O.; dies Gebot wird von den die vorbereitenden Schriftsätze und deren Zustellung betreffenden Vorschriften — §§. 124. 156 a. a. O. — nicht berührt (Entsch. d. R.-G.'s in Civilsachen Bd. 3, Nr. 105 S. 377), **die Unterlassung der Rüge dieses Mangels der Klage von Seiten des Beklagten ist ohne Bedeutung, weil die Wahl der Prozeßart nicht der Willkür oder Vereinbarung der Parteien unterliegt,** dieselben nicht auf die Befolgung der Vorschrift des §. 556 verzichten können, der Richter vielmehr den nicht liquide gemachten Anspruch selbst beim Nichterscheinen des Beklagten von Amts wegen zurückweisen muß. — §§. 560. 267 a. a. O. — R. V. (94.) 352.

Die Civiprozeßordnung hat den Urkunden- und Wechselprozeß nicht in Ansehung des äußeren Verfahrens, sondern in Betracht der Liquidstellung der Ansprüche für Klage und Einrede von dem ordentlichen Prozesse unterschieden, indem sie denselben nur gestattet, wenn der Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder Leistung einer vertretbaren Sache gerichtet ist, und wenn sämmtliche zur Begründung des Anspruches erforderlichen Thatsachen durch Urkunden bewiesen werden können (§. 555). In gleicher Weise ist das Einrederecht durch die sofortige Liquidstellung durch Urkunden und Eideszuschiebung begrenzt (§§. 558. 561). Mit dieser prozessualen Pflicht der Liquidstellung steht auch in Beziehung das Verfahren bei Mittheilung der Urkunden an die Gegenpartei. Während bei dem gewöhnlichen Prozeßverfahren die Antretung des Beweises durch Vorlegung der Urkunden (Produktion) — nach dem Grundsatze der Mündlichkeit und der Beweisverbindung — in der mündlichen Verhandlung erfolgt (§§. 385. 119. 251 flg. 255. 320. 399 C.-P.-O.) und die instruktionelle Vorschrift des §. 122 a. a. O., wonach dem vorbereitenden Schriftsatze die in Bezug genommenen Urkunden, nach Wahl der Partei, in Urschrift oder in Abschrift beigefügt und dem Gegner mit zugestellt werden sollen (§§. 155. 156. 173 a. a. O.), nur den Zweck hat, dem Gegner vorbereitende Gelegenheit zur Erklärung und zu dem Antrage auf Niederlegung der Urkunden auf der Gerichtsschreiberei zu geben (§. 125 a. a. O.), schreibt — in Würdigung des unterschiedlichen

Zweckes der Urkunden für den Urkunden- und Wechselprozeß — der §. 556 Abs. 2 a. a. O. vor, daß die Urkunden, welche zur Begründung des Klaganspruches dienen, in Urschrift oder in Abschrift der Klage beigefügt werden müssen. Die Existenz der Urkunden ist daher im Urkundenstreite — und durch die Wahl dieser Prozeßart unterwirft der Kläger sich dieser eigenartigen Einschränkung — Bedingung des klägerischen Prozeßrechtes und die Beifügung der Urkunden und die Mittheilung derselben an den Gegner dergestalt obligatorisch, daß eine Nachbringung der Urkunden in dem Prozesse — wenigstens wenn der Mangel gerügt (§. 267) — unzulässig und der Urkundenprozeß daher — beim Mangel jener Voraussetzung — unstatthaft erscheint. Struckmann und Koch, Civilprozeßordnung 2. Aufl. S. 479, 482; Endemann, Civilprozeßordnung I. S. 539, 540; Petersen, Civilprozeßordnung II. S. 447; Hellmann, Civilprozeßordn. II. S. 511; v. Sarwey, Civilprozeßordn. II. S. 8; v. Wilmowski und Levy, Civilprozeßordn. S. 432. Wenn nun vom Kläger zwar der Urschrift seines vorbereitenden Schriftsatzes eine vollständige Abschrift des Klagewechsels und des Protestes — also einschließlich des auf dem Wechsel befindlichen, den Kläger als Inhaber legitimirenden Blanko-Giro — beigefügt worden ist, in der Abschrift des Wechsels und des Protestes aber, welche dem Beklagten mit der Abschrift der vorbereitenden Klageschrift zugestellt worden ist, jenes Blanko-Giro des Ausstellers gefehlt hat, so ist diese Beurkundung eine mangelhafte und nicht geeignet, den Anspruch des Klägers zum Urkundenprozesse zu qualifiziren. Denn nach §. 555 a. a. O. **müssen** für diese Prozeßart **alle zur Begründung des Klaganspruches erforderlichen Thatsachen durch Urkunden erwiesen werden, daher auch alle nebensächlichen Elemente, nicht blos der Hauptanspruch,** und somit insbesondere auch die Sachlegitimation des Klägers, d. h. die Berechtigung des Klägers zur Geltendmachung des erhobenen Anspruches. Die dem Beklagten mit der Klage zugestellte Abschrift des Wechsels ergiebt — beim Mangel des Blanko-Giros — aber keinen urkundlichen Beweis für die Legitimation des Klägers, als Inhabers der Wechselforderung, und ein Urkundenbeweis ist daher nach dieser Richtung hin überhaupt nicht angetreten und nicht geführt (§. 560 a. a. O.). Die Pflicht zu dieser urkundlichen Liquidstellung ist aber — abweichend von dem ordentlichen Prozeßverfahren — im Urkundenstreite schon zur Zeit der Klageerhebung, d. i. in dem Zeitpunkte der Zustellung des vorbereitenden Klageschriftsatzes an den Beklagten (§§. 230. 560 a. a. O.), vorhanden, und ob sie erfüllt ist, das läßt sich nur prüfen und beurtheilen nach dem Inhalte der, dem Beklagten — zum Zweck der Klageerhebung — zugestellten beglaubigten Abschrift des Schriftsatzes, nicht nach dem Inhalte der, dem Beklagten nicht zugänglich gemachten Urschrift des Schriftsatzes (§§. 152. 153. 155. 156 a. a. O.). **Eine Ergänzung** dieses mangelhaft, d. h. bei Erhebung der Klage durch Zustellung an den Beklagten nicht urkundlich erbrachten Beweises durch Produktion der vollständigen Originalurkunde **in dem Termine zur mündlichen Verhandlung der Berufungsinstanz ist** — es kann dahin gestellt bleiben, ob überhaupt, aber jedenfalls **unzulässig,** wenn der Beklagte den Mangel der Beurkundung schon in erster Instanz gerügt hat (§. 267 a. a. O.). R. III. (105.) 377—380.

ad III. 1. Verfahren in erster Instanz bis zum Urtheil.

Im Urkundenprozesse müssen nach §. 555 C.=P.=O. die sämmtlichen zur Begründung des Anspruches des Klägers erforderlichen Thatsachen durch Urkunden bewiesen werden; dies bezieht sich nicht blos auf die in der Klageschrift vorgetragenen Thatsachen, sondern **auch auf diejenigen Thatsachen, welche der Kläger** und zwar in nach §. 240 C.=P.=O. zulässiger Weise, **in der mündlichen Verhandlung ergänzend nachträgt, sofern dieselben zur Begründung des Klaganspruches erforderlich sind.** Hätte der Kläger dieses spätere Vorbringen schon in die Klageschrift aufgenommen, so würde es gar keinem Bedenken unterliegen, daß dasselbe nach §. 555 C.=P.=O. gleich dem jetzt in die Klageschrift aufgenommenen durch Urkunden hätte bewiesen werden müssen, um den Urkundenprozeß zu begründen. Es kann hierin dadurch nichts geändert werden, daß Kläger es nicht in die Klage aufgenommen, sondern erst in der mündlichen Verhandlung, z. B. nachdem Beklagter excipirt hatte, nachgebracht hat. Es ist für die Anwendung des §. 555 C.=P.=O. gleichgültig, ob das Vorbringen bei freier Beurtheilung als eine mit § 240 l. c. in Widerspruch stehende Klagänderung oder nur als eine zulässige Berichtigung oder Ergänzung der Klagethatsachen anzusehen sein würde. In beiden Fällen würde nach §. 555 der Urkundenprozeß nur zulässig sein, wenn das Vorbringen unter Urkundenbeweis gestellt wäre. R. V. (104.) 383. 384.

Dem Kläger steht es nicht zu, dem Gerichte anheim zu geben, ob eventuell der Prozeß in das ordentliche Verfahren übergeleitet werden solle. — Der Kläger, welcher schon in der Klage nach §. 556 C.=P.=O. sich bestimmt erklären muß, daß er im Urkundenprozesse klage, kann im Laufe des Verfahrens diese vorgeschriebene bestimmte Erklärung nicht in eine ungewisse umwandeln, indem er es vom richterlichen Ermessen abhängig macht, das ordentliche Verfahren einzuleiten, wenn die Voraussetzungen des Urkundenprozesses nicht als vorhanden angenommen werden sollten; dem entspricht es, daß nach dem bestimmten Wortlaute des §. 559 der Kläger vorbehaltlos vom Urkundenprozesse abstehen muß, wenn er die Ueberleitung in das ordentliche Verfahren herbeiführen will. R. IV. (94.) 352.

Wenn die Einrede der Wechselunfähigkeit für begründet erachtet wird, so ist der Kläger nicht mit dem Anspruche, sondern bloß mit der gewählten Prozeßart abzuweisen. R. IV. (94.) 352. 353.

ad. IV. Rechtsmittel.

Die Bestimmung §. 559 C.=P.=O. ist nicht von einem in der Berufungsinstanz gestellten Antrage des Klägers auf Umleitung des Verfahrens in den ordentlichen Prozeß zu verstehen. Der Urkunden= und ordentliche Prozeß sind miteinander dergestalt verbunden, daß die Klage zwar die Rechtshängigkeit der Sache auch für den ordentlichen Prozeß begründet, daß auf dieselbe aber zunächst der Urkundenprozeß stattfindet, und dieser nur unter gegebenen Voraussetzungen in den ordentlichen Prozeß übergehen kann, insbesondere, wenn der Beklagte mit Vorbehalt verurtheilt

worden ist, oder der Kläger freiwillig von dem Urkundenprozesse bei der mündlichen Verhandlung absteht — §§. 559. 562 563. a. a. O. — Bis dahin bildet der anhängige Urkundenprozeß einen durch Beschränkung des Angriffes und der Vertheidigung gekennzeichneten besonderen Prozeß mit vollständigem Instanzengange, in welchem Kläger definitiv und in angebrachter Art abgewiesen — §. 560 — und Beklagter definitiv und mit Vorbehalt verurtheilt werden kann — §. 562 —, und welcher sich zu dem bedingt an seine Stelle tretenden ordentlichen Prozeß wie das Principale zum Eventuale verhält. Daher ist, wenn das Gesetz dem Kläger gestattet, bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung von dem Urkundenprozesse abzustehen, mit anderen Worten, die Klage in ihrer Qualität und Wirkung als Urkundenklage aufzugeben, eine vollständige Analogie mit der einseitigen Klagezurücknahme — §. 243 a. a. O. — vorhanden und der grundsätzlichen Verbindung der beiden Prozesse dabei dadurch Rechnung getragen, daß die Klage dann als gewöhnliche Klage gilt, und selbst die bereits im Urkundenprozesse stattgefundene mündliche Verhandlung dies nicht verhindert. Dagegen kann diese Verbindung der beiden Prozesse nicht die Wirkungen eines Urtheiles aufheben, welche sich der einseitigen Klagezurücknahme entgegenstellen. Die einseitige Litisrenunciation des Klägers kann so wenig im Urkundenprozesse, wie im gewöhnlichen Prozesse — §. 243 a. a. O. —, die Kraft des gegen ihn ergangenen Urtheils, und andererseits auch nicht die Berufung des Beklagten gegen das für ihn ergangene obsiegliche Urtheil beseitigen, der Berufung kann vielmehr nur der Berufungskläger entsagen — §. 476 a. a. O. —; der ordentliche Rechtsgang kann durch eine solche Prozeßentsagung nicht abgeschnitten werden. Hieraus schon ist zu folgern, daß dem §. 559 a. a. O. nicht eine derartige extensive Bedeutung beizulegen ist. Wollte man den Kläger für befugt erklären, in der Berufungsinstanz beliebig den Urkundenprozeß aufzugeben und zu dem ordentlichen Prozesse überzugehen, so würde man dem Beklagten das Recht entziehen, das gegen ihn ohne Recht ergangene vollstreckbare (§. 562 a. a. O.) Urtheil bis dahin, wo die definitive Entscheidung in dem ordentlichen Prozesse ergeht — §. 563 a. a. O. —, zu beseitigen, und man würde den Berufungsrichter nöthigen, in einer andern Prozeßart zu verhandeln und zu erkennen, als in der der erste Richter verhandelt und erkannt hat (vgl. §. 499 a. a. O.); eine Prozedur, von der die Prozeßordnung keine Andeutung enthält; denn auch der §. 500 Abs. 4 C.-P.-O. handelt nur von einer Entscheidung, die das Berufungsgericht im Urkundenprozesse zu erlassen hat. Aber es ist auch sonst aus dem Zusammenhange der Vorschriften — §§. 555—562 a. a. O. — zu entnehmen, daß §. 559 nicht auf die mündliche Verhandlung späterer Instanzen bezogen werden kann. Die Bestimmungen stellen das Verfahren bis zum ersten Urtheile dar, wie sich aus dem Inhalte der §§. 562—564 hinreichend ergiebt. Allerdings bleibt der Urkundenprozeß ein solcher auch für die folgenden Instanzen mit Beibehalt seiner besonderen Eigenthümlichkeiten und es finden nach §. 485 a. a. O. auf das nach dem Schriftwechsel in der Berufungsinstanz eintretende weitere Verfahren die für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Zu diesen Vorschriften gehören aber nicht diejenigen, welche lediglich die Beschaffenheit, Anhängigmachung und Wirkung der Klage und den sich anschließenden vorbereitenden Schriftwechsel betreffen — §§. 230—245 a. a. O. —, dieselben behalten ihre Bedeutung für den

Prozeß, sind aber für das weitere Verfahren in der Berufungsinstanz selbstverständlich nicht anwendbar. Deßhalb trifft die Bezugnahme des §. 485 ebensowenig den von der einseitigen Zurücknahme der Klage handelnden §. 243 a. a. O. wie die analoge Vorschrift des §. 559, die auch wesentlich nur von der Zurücknahme einer Klage in der durch deren doppelte Natur veranlaßten Beschränkung handelt. R. V. (94.) 352—354.

Im Urkundenprozesse kann nach dem Systeme der deutschen Civilprozeßordnung die dem Beklagten in mangelhafter Fassung zugestellte Wechselurkunde durch Produktion des vollständigen Originals in zweiter Instanz nicht ergänzt werden, nachdem der Beklagte den Mangel in erster Instanz gerügt hat. Siehe hierüber bei Ziff. I. B des Anhanges ad R. III. (105.) 377—380.

Bei Berechnung der Revisionssumme nach der Civilprozeßordnung werden die Protest-, Provisions- und Portokosten nicht berücksichtigt. Zufolge des für die Berechnung des Werthes des Beschwerdegegenstandes in Anwendung kommenden §. 4 der R.-C.-P.-O. bleiben Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden und Kosten unberücksichtigt, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden. Die Provision, die Protestkosten und Porti werden gerade so wie die Zinsen nicht als selbständige Ansprüche, sondern nur neben der Wechselsumme eingeklagt, so daß die letztere Voraussetzung des §. 4 gegeben ist. Die Provision muß aber zu den Schäden gerechnet werden, denn diese begreifen jeden Vermögensnachtheil in sich, welchen der Kläger, sei es als positiven Schaden, sei es als entgangenen Gewinn, dadurch erlitten zu haben behauptet, daß seinem Hauptanspruche nicht Genüge geleistet worden ist; hierzu gehört also auch der Schaden durch Zeitversäumniß und die Mühewaltung, welche durch den erfolglosen Versuch der Beibringung der Wechselsumme verursacht worden sind. Die Provision stellt aber den vom Gesetze fixirten Betrag fest, welcher für diese Zeitversäumniß und eigene Mühe gefordert werden darf. Die Auslagen für die Protesterhebung und Porto fallen unter den Begriff der Kosten und haben mit den Prozeßkosten das gemein, daß sie wie diese durch die Zahlungsverweigerung des Schuldners entstanden sind, und dieser sie demnach zu erstatten hat, weilund sofern er mit Unrecht die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit verweigert hat. Dafür, die Bestimmung auf die Kosten eines früheren Prozesses zu beschränken, fehlt es an jedem inneren Grunde; dagegen spricht die allgemeine Fassung des Gesetzes und dessen Absicht, für die Werthsermittelung einfache und klare Regeln festzusetzen, welche die Ausschließung der Kosten beider Arten gleichmäßig rechtfertigt. Daraus, daß der sogenannte hannoverische Entwurf einer Prozeßordnung nur die Prozeßkosten aufführte, kann nicht das Gegentheil, sondern es müßte eher aus der späteren Erweiterung des Ausdruckes gefolgert werden, daß eine etwa beabsichtigte Beschränkung auf Prozeßkosten fallen gelassen worden sei. R. I. (83.) 228. 229.

ad. V. Wechselseparatum.

Der Umstand, daß der Wechselprozeß im Interesse des allgemeinen Creditwesens die Geltendmachung illiquider Einreden ausschließt und daß diese in einer Nachklage besonders geltend zu machen sind, kann keine andere Wirkung erzeugen, als die Einreden bei deren sofortiger

Liquidität im Wechselprozesse gehabt haben würden. Wenn also der Wechselbeklagte und spätere Widerkläger die Geltendmachung einer Einrede im Wege der Widerklage vorbehalten hat, so weiß der Wechselkläger von vornherein, daß es sich dort nur um eine provisorische Endscheidung handelte. Das Sachverhältniß, wie es sich durch den Widerklageprozeß herausstellt, muß als für die Rechtsbeständigkeit des Wechselprozesses maßgebend angesehen werden, weil das Gesetz selbst der Grund davon ist, daß der Wechselbeklagte seine Vertheidigung im Wechselprozesse nur unzureichend gebrauchen kann. R. IV. (27.) 102.

Register.

(Die Zahlen verweisen auf die Seiten.)

Druck von Greßner & Schramm, Leipzig.

Verlag von Emil Roth in Gießen.

Bopp, Handbuch der Criminalgesetzgebung für das Großherzogthum Hessen. 2 ℳ. 50 ₰.

Buff, Friedr., Ueber einige Fragen aus dem Gebiete der Lebensversicherung. 1882. ℳ. 1.60.

v. Buri, M., Abhandlungen aus dem Strafrecht. 2 ℳ.

— — Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung. 1 ℳ. 50 ₰.

Carlin, Dr. **Gaston**, Niemand kann auf einen Anderen mehr Recht übertragen, als er selbst hat. 1882. ℳ. 2.40.

Feuerbach, Dr. **P. J. A., Ritter v.**, Merkwürdige Criminalrechtsfälle. 2 Thle. Dritte Originalauflage. 1839. 2 ℳ. 40 ₰.

Gareis, Prof. Dr. **C.**, Ueber die Bestrebungen der Socialdemokratie. 2. Abdruck. Preis 40 ₰.

— — Joh. Mich. Franz Birnbaum. Ein Cultur- und Lebensbild mit Portrait. 2 ℳ.

Gerau, G., Ueber die richterliche Bestätigung der Erwerbstitel des Eigenthums und Pfandrechts an Immobilien. 3 ℳ.

Grolman, v., Wörterbuch der in Deutschland üblichen Spitzbubensprachen. 2 ℳ.

Helmolt, Prof. Dr. **Th. v.**, Die Correalobligationen. 2 ℳ. 50 ₰.

von Linde, Ueber Abschließung und Auflösung der Ehe. 3 ℳ.

— — Betrachtungen über die Selbstständigkeit und Unabhängigkeit der Kirchengewalt und Schutzpflicht in Deutschland. 3 ℳ.

Maxen, Dr. **J.**, Das Prioritätsverfahren im Concursprozeß. 60 ₰.

— — Die sogen. accessorische Intervention im Civilprozeß. 1 ℳ. 50 ₰.

Merkel, Dr. jur. **A.**, Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen. 2 ℳ.

Puchta, Dr. **W. H.**, Ueber die gerichtlichen Klagen besonders in Streitigkeiten der Landeigenthümer. 2. Aufl. 7 ℳ. 50 ₰.

— — Das Prozeßleitungsamt des deutschen Civilrichters. 1 ℳ. 20 ₰.

— — Ueber bäuerliche Gutsabtretung überhaupt, und mit Altentheilsbestellung besonders. 1 ℳ. 20 ₰.

Regelsberger, Ferd., Beiträge zur Lehre von der Haftung der Behörden und Beamten der Actiengesellschaften. 4⁰. 2 ℳ.

Schlayer, Dr. **G. A.**, Beiträge zur Lehre von dem Patronatrecht. 2 ℳ.

Schulte, Prof. Dr. **Ritter von.** Darstellung des Prozesses vor den katholischen geistlichen Ehegerichten Oesterreichs. 3 ℳ.

— — Handbuch des katholischen Eherechts nach dem gemeinen katholischen Kirchenrechte und den österreichischen, preußischen, französischen Partikularrechten. 7 ℳ. 50 ₰.

— — Das katholische Kirchenrecht. Dessen Quellen und Literaturgeschichte, System, Einfluß auf die verschiedenen Rechtsdisciplinen überhaupt. 2 Bände. 19 ℳ.

— — Die Rechtsfrage des Einflusses der Regierung bei Bischofswahlen. 2 ℳ.

— — Die juristische Persönlichkeit der katholischen Kirche, ihre Institute und Stiftungen. 2 ℳ.

— — Die Stifte der alten Orden in Oesterreich. Ihre Aufgabe, Stellung, Wirksamkeit. 1 ℳ.

— — Status dioecesium catholicarum in Austria germanica, Borussia, reliquis Germania terris sitarum. 3 ℳ.

— — Decretistarum jurisprudentiae specimen. E libro Gottwicensi 88 (181 sæculo XII). 4⁰. 1 ℳ.

— — Roberti Flamesburiensis summa de matrimonio et de usuris. 8⁰. 1 ℳ. 50 ₰.

— — Lehrbuch des kathol. Kirchenrechts. 3. verm. Aufl. 10 ℳ.

Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Herausg. von Dr. v. Linde, Marezoll, v. Schroeher ꝛc. I. Sammlung I. bis XX. Bd. herabges. Preis 18 ℳ.
II. „ Neue Folge Bd. I. bis XXII. à Band 4 ℳ.

Druck von Greßner & Schramm in Leipzig.